This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

Jur is.
1852 k – 1852,1
Revue

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

TYPOGRAPHIE BENNUYER, RUE LEMERCIER, 24. BATIGNOLLES.

Digitized by Google

REVUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE,

Publiée sous la Direction

De M. **L. WOLOWSKI**, avocat à la Cour d'appel de Paris, professeur de législation industrielle au Conservatoire des Arts et Métiers;
Et de M. **TROPLONG**, premier président de la Cour d'appel de Paris, membre de l'Institut, POUR LA LÉGISLATION CIVILE;

De M. **CHARLES GIRAUD**, conseiller d'Etat, membre de l'Institut,
De M. **ÉDOUARD LABOULAYE**, professeur au collége de France, membre de l'Institut,
De M. **KOENIGSWARTER**, docteur en droit, membre correspondant de l'Institut,
} POUR LES LÉGISLATIONS ANCIENNES.

De M. **FAUSTIN HÉLIE**, conseiller à la Cour de cassation,
De M. **ORTOLAN**, professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris,
} POUR LA LÉGISLATION PÉNALE.

18me Année de la publication.

NOUVELLE COLLECTION.

ANNÉE 1852. — TOME PREMIER.

Paris,

BUREAU DE RÉDACTION, RUE BERGÈRE, 29;
VIDECOQ FILS AINÉ, ÉDITEUR, PLACE DU PANTHÉON, 1.

1852

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

REVUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE.

DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE.

Nunquam benè percipiemus usu necessarium, nisi et noverimus jus illud usu non necessarium. Nexum est et colligatum alterum alteri. Nulli sunt servi nobis, cur quæstiones de servis vexamus? Digna imperito vox.
(Cuj., VII, 11, in tit. Dig. *De just. et jur.*)

Un homme de génie, longtemps méconnu, Vico, signale la *religion* et la *pudeur*, comme les deux liens primitifs des nations; quand la brutalité du désir connut un frein, quand le rapprochement fortuit des sexes se transforma en *mariage*, c'est-à-dire en l'*union de la chair accomplie pudiquement, et dans la crainte de la Divinité*, la société prit naissance[1].

« L'innocence de l'*âge d'or*, dit Vico, n'était autre chose qu'une superstition fanatique qui, frappant les premiers hommes de la crainte des dieux, que leur imagination avait créés, leur faisait observer quelque devoir malgré leur brutalité et leur orgueil farouche... Sous l'influence de cette religion (quelque barbare qu'elle pût être), se sont formées

[1] Voir *La science nouvelle*, traduite par l'auteur de l'*Essai sur la formation du dogme catholique*, p. 168, et les œuvres de Vico, publiées par M. Michelet, t. II, p. 99.

Digitized by Google

les plus illustres sociétés; l'athéisme n'a rien fondé[1].

« Les premiers hommes qui fondèrent la civilisation avaient été conduits à la société par la *religion* et par l'instinct naturel de propager la race humaine, causes qui produisirent le mariage, la première et la plus noble amitié du monde.[2] »

Nous ne saurions parcourir à la suite du philosophe napolitain ces merveilleuses hypothèses qui montrent dans les fables de la mythologie antique le livre ouvert de l'histoire. Qu'il nous suffise de rappeler que le *mariage* est le berceau de la famille, le point de départ de l'État.

Par le mariage, l'union des sexes s'élève à la hauteur d'un fait humain, au lieu de ne reposer que sur un acte physique, comme l'accouplement des animaux. L'esprit l'emporte sur la matière, la raison modifie l'emportement aveugle de l'instinct; elle amène, au lieu d'un rapprochement fortuit entre l'homme et la femme, un partage d'existence. Il ne s'agit donc plus de la satisfaction passagère d'un plaisir des sens, mais d'un rapport durable, permanent, qui absorbe l'acte physique, dans l'idée prédominante de l'union des âmes; c'est le triomphe de l'esprit sur le corps.

Ces vérités premières ont rencontré dans Portalis un admirable interprète[3] :

« Le mariage, a-t-il dit, ne consiste pas dans le simple rapprochement des sexes. Ne confondons pas, à cet égard, l'ordre physique de la nature qui est commun à tous les êtres animés, avec le droit naturel qui est particulier aux hommes.

« Nous appelons *droit naturel*, les principes qui régissent

[1] Michelet, loc. cit., p. 102.

[2] *Idem*, p. 112. *La science nouvelle*, etc., p. 197.

[3] Exposé des motifs du titre du mariage, fait le 16 ventôse an XI (10 mars 1803).

Digitized by Google

l'homme considéré comme un être moral, c'est-à-dire comme un être intelligent et libre, et destiné à vivre avec d'autres êtres intelligents et libres comme lui...

« Les animaux qui ne cèdent qu'à un mouvement ou à un instinct aveugle, n'ont que des rapprochements fortuits ou périodiques, dénués de toute moralité. Mais chez les hommes, la raison se mêle toujours plus ou moins à tous les actes de leur vie; le sentiment est à côté du désir, et le droit succède à l'instinct. Je découvre un véritable contrat dans l'union des deux sexes... »

On ne saurait présenter une réfutation plus complète et plus éloquente de la définition des jurisconsultes romains, qui rabaisse le mariage au niveau de la vague rencontre des animaux, et qui circonscrit le droit *naturel* dans le droit commun aux hommes et aux bêtes [1].

La fameuse division tripartite d'Ulpien en droit *naturel*, droit *des gens* et droit *civil*, témoigne, par le sens qu'il y attache, ou d'un malentendu, ou de l'idée imparfaite que les stoïciens auraient conçue de l'essence du *droit naturel*. C'est en vain que Cujas a développé pour l'expliquer les ressources de sa noble intelligence [2].

[1] « Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quæ in terra, quæ in mare nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri. » (D., L. 1, *De just. et jure.*)

[2] Comment. in tit. Dig. *De just. et jure*, t. VII, 11, de l'édition de Naples. Cujas explique que l'union, *conjunctio*, est le terme de droit naturel auquel le terme de *matrimonium* répond en droit civil : *quod* est conjunctio cum ratione et fide suscepta, et eo voto, ut firma et stabilis sit. L. 1, *De jure dotium.*

L'argumentation ingénieuse du grand jurisconsulte échoue contre les belles paroles de Cicéron : « Ut justitia, ita jus sine ratione non consistit;

Digitized by Google

Il faut distinguer entre les lois physiques et le droit des êtres intelligents. Sans doute, les hommes, comme les animaux, ont une existence limitée par le temps; ils naissent et meurent, les uns comme les autres; mais l'âme échappe à ces nécessités de la nature matérielle.

Du moment où il est question de *droit*, l'intelligence domine, la raison s'exerce, la science du bien et du mal est mise en mouvement. Le droit *naturel* de l'espèce humaine ne sera donc pas la loi physique à laquelle obéissent tous les êtres créés. Ulpien n'a eu en vue que la partie la moins noble de nous-mêmes, celle que régit l'instinct; il a méconnu celle que relève l'esprit.

« Il y a, dit Aristote, nécessité dans le rapprochement de deux êtres qui ne peuvent rien l'un sans l'autre. Je veux parler de l'union des sexes pour la reproduction, et ici rien d'arbitraire; car chez l'homme, aussi bien que chez les autres animaux et chez les plantes, c'est la nature qui inspire à chacun de nous le désir de laisser après lui un être fait à son image [1]. »

Mais les lois qui régissent le monde matériel et les instincts physiques ne constituent pas le *droit*, qui est d'essence divine, *ratio recta summi Jovis* [2], et que Portalis a dé-

soli ratione utentes jure ac lege vivunt. (*De naturâ deor.*, II, 62.) Virtus ratione constat, bruta ratione non utuntur, cujus sunt expertia, ergo jure non vivunt, et ut rationis, sic juris sunt expertia. »

Du reste, Cujas reconnaît lui-même combien la définition qu'il défend est incomplète et fautive : At ne jus quidem naturale, de quo agimus, est commune omnium animalium, quatenus rationale est, sed quatenus sensibile est, sensui congruit. Tullius *participare hominem cum brutis, eo quod sentit, sed ratione ab eo differre.* Et alio loco : Jus naturale esse commune omnium Quiritium, veluti ut se velint tueri : sed hoc distare hominem a bellua, quod bellua sensu moveatur, homo etiam ratione.

[1] *Politique*, L. 1, ch. I, 5, traduction de M. Barthélemy Saint-Hilaire.

[2] Cicéron, *De leg.* 1.

Digitized by Google

fini : la raison universelle, la suprême raison, fondée sur la nature des choses [1].

Les vérités éternelles qu'enseigne la philosophie [2] constituent la loi suprême, qui ne commence point à être la loi du jour seulement où elle est écrite, mais du jour où elle est née; or, elle est née avec l'intelligence divine : « Quæ non tum denique incipit lex esse, quum scripta est, sed tum quum orta est. Orta autem simul est cum mente divina [3]. »

Tel est le droit naturel supérieur à l'homme, condition de sa nature sociale; et nous dirons avec M. Troplong [4] :

« Il est des règles antérieures à toutes les lois positives ; je ne saurais admettre que les mouvements de la conscience et l'idée du droit soient l'ouvrage du législateur. Ce n'est pas la loi qui a fait la famille, la propriété, la liberté, l'égalité, la notion du bien et du mal. Elle peut sans doute organiser toutes ces choses, mais elle ne fait alors que travailler sur le fonds que la nature lui a donné, et elle est d'autant plus parfaite qu'elle se rapproche davantage de ces lois éternelles, immuables, que le Créateur a gravées dans nos cœurs... »

« Ce qui change, ce n'est pas ce droit éternel, dont la révélation arrive à l'humanité par une action incessante et nécessaire ; c'est la forme que l'humanité lui donne, ce sont les institutions qu'elle édifie sur sa base immuable [5]. »

[1] Discours préliminaire du Code civil.

[2] Ista præpotens et gloriosa philosophia. Cic., *De or.*, I, 43.

[3] Cic., *De leg.*, II, 4. Legem neque hominum ingeniis excogitatam, nec scitum aliquod esse populorum, sed æternum quiddam quod universum mundum regeret, imperandi prohibendique sapientia. (*Ibid.*)

[4] Préface de la *Vente*, p. XX, en note.

[5] Troplong, *Revue de législation et de jurisprud.*, 1841, t. XIII, p. 39. Mon-

Digitized by Google

Le développement successif de la législation marque les moments historiques de l'humanité durant le long pèlerinage dont la réalisation absolue du *droit* dans la *loi* est le terme définitif[1].

Quel est le *droit* de la société conjugale, et quelles sont les lois qui l'ont régie dans la suite des temps?

Le *droit*, nous l'avons déjà dit, c'est l'égalité des époux, fondée sur la monogamie et sur l'indissolubilité du lien matrimonial.

La *loi* a dû commencer par n'être que l'expression insuffisante du *droit;* elle ne saurait viser en tout temps à la perfection absolue; elle se plie à l'état de la civilisation et des mœurs. Solon eut raison quand il donna aux Athéniens, non les lois les plus parfaites, mais les meilleures qu'ils pussent supporter.

Ce n'est pas dans les essais, voisins de l'enfance sociale, qu'il faut chercher les préceptes réalisés du droit *naturel*, car les principes obéissent à cette règle, tracée par Aristote :

« La nature de chaque chose est précisément sa fin, et quand chacun des êtres est parvenu à son entier développement, on dit que c'est là sa *nature propre*[2]. »

La nature de la société conjugale, c'est la loi d'unité et d'indissolubilité que le Code consacre aujourd'hui. Mais l'enveloppe matérielle du droit n'est pas encore en harmonie avec la substance des relations consacrées entre époux.

Ici, comme partout, l'âge d'or n'est pas derrière, il est

tesquieu a dit : « Les rapports de justice et d'équité sont antérieurs à toutes les lois positives. »

[1] « La loi... est le droit réduit en règles positives et en préceptes particuliers. » Portalis, *Discours préliminaire du Code civil.*

[2] *Politique*, liv. I, ch. I, 11, traduction de M. Barthélemy Saint-Hilaire.

Digitized by Google

plutôt devant nous. Il n'en résulte pas que nous puissions abdiquer l'étude du passé. Non-seulement celle-ci est indispensable pour rendre compte de la marche progressive des institutions ; elle peut offrir encore des ébauches, utiles à connaître pour la réforme future.

Les notions du droit naturel s'épurent à mesure que la société avance en lumières et en liberté ; mais la vérité n'apparaît que tronquée dans les phases qu'elle traverse ; elle laisse tour à tour saisir ses aspects divers, sans se livrer tout entière aux investigations de l'historien et du jurisconsulte.

Au début, sans parler de l'époque héroïque, la famille patriarcale offre le spectacle de l'unité et de l'amour ; mais c'est en courbant tous les membres qui la composent sous le niveau inflexible du chef, monarque absolu d'un petit état despotique. La femme est une esclave courbée sous le joug du maître, partageant ses faveurs avec des rivales égales d'abaissement et de misère. Si elle parvient quelquefois à dominer la volonté de l'homme, c'est en vertu d'un ascendant naturel, étranger aux principes de cet état social. La polygamie y règne avec la sujétion ; elle oppose un mur d'airain au progrès, à l'émancipation du sexe, en faisant de la femme un instrument de plaisir, au lieu de l'élever au rang de compagne de l'homme.

La famille de l'Orient conserve de nos jours le type de la famille patriarcale ; elle absorbe dans son implacable substance la personnalité de la femme. Cette famille demeure ce qu'elle a été, car l'Orient se meut dans l'espace ; il ne se meut pas dans le temps [1]. Là encore, comme chez Homère, le chef est le véritable roi :

[1] Gans, *Histoire du droit de succession*.

Digitized by Google

..... Chacun à part gouverne en maître
Ses femmes et ses fils [1]...

En Grèce, l'esclavage, fruit de la vente des femmes, a également servi de point de départ. Aristote l'atteste formellement :

« Nos ancêtres, dit-il, étaient d'une barbarie et d'une simplicité choquantes : les Grecs, pendant longtemps, n'ont marché qu'en armes, et *se vendaient leurs femmes* [2]. »

La personnalité de la femme se dégage plus tard de ces étreintes. En apportant une dot au mari, au lieu d'être achetée par lui, la femme achète sa liberté ; mais elle vit dans la retraite, cachée à tous les yeux, se bornant à diriger les travaux de la maison, sans participer à la vie extérieure de l'époux [3]. Si la fille hérite du père, elle devient elle-même une partie de l'héritage [4] ; le plus proche parent s'en empare ; il brise les liens du mariage précédemment contracté par cette femme, dont il hérite avec le reste de la fortune, et qui conserve à peine le droit de rester maîtresse de son choix, en renonçant aux biens du père et au rang qui lui appartient dans la famille [5].

[1] *Odyssée*, IX, 114, 115.

.... Θεμιστεύει δὲ ἕκαστος
Παίδων ἠδ' αλοχῶν....

[2] Καὶ τας γυναῖκας ἐωνοῦντο παρ' ἀλλήλων. *Politique*, liv. II, ch. V, traduction de M. Barthélemy Saint-Hilaire.

[3] « Une épouse n'est destinée qu'à veiller à l'intérieur de la maison et qu'à perpétuer le nom d'une famille, en donnant des enfants à la République. » (*Voyage du jeune Anacharsis*, ch. XX.) Barthélemy trace un triste tableau des mœurs des Athéniennes, qui n'ont, dit-il, d'autre vertu que la crainte du déshonneur.

[4] Επικληροι, επιδικοι.

[5] Voyez l'excellent travail sur le droit de succession chez les Athéniens, par M. Giraud, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1842, t. XVI, p. 97, et le Mémoire de M. Cauvet sur l'organisation de la famille à Athènes, même *Revue*, 1845, t. III, p. 181 et 433.

Digitized by Google

La polygamie laissa des traces nombreuses dans les mœurs et dans la facilité du divorce. En général, la constitution de la famille grecque nous paraît avoir rencontré une admiration trop passionnée [1]. Ce réveil de la liberté a sans doute une poésie qui entraîne et qui fascine ; mais le mariage est loin encore de cette union intime contractée sous l'empire de l'égalité des sexes, qui va sortir de l'influence combinée du christianisme et des idées germaniques.

Rome remplit l'intervalle qui sépare la Grèce du monde moderne ; le Code a recueilli en grande partie l'héritage de ses lois, expression la plus haute de la sagesse antique. Leur étude approfondie peut seule donner la clef de nos propres institutions, ainsi que de nombre de problèmes historiques et économiques. Cette étude réserve peut-être encore, en ce qui concerne particulièrement la société conjugale, une riche moisson à l'observateur attentif. Nous nous y arrêterons quelque temps.

La société conjugale a obéi, chez les Romains, au dualisme, qui est le caractère dominant de leur législation. Nous y rencontrons l'opposition tranchée de l'unité et de la séparation des intérêts : le mariage admet la *puissance* du mari sur la femme, ou bien il l'exclut, suivant qu'il est accompagné ou non de la *conventio in manum*.

Dans un travail sur le mariage et la puissance maritale chez les Romains [2], M. Troplong a pleinement démontré que l'acquisition de la femme par la confarréation, la coemption ou l'usucapion, ne constituait nullement un élément essentiel du mariage légitime. La nature de l'union conjugale est toujours la même, du moment où les justes noces,

[1] Voyez surtout Gans, *Droit de succession*.

[2] *Revue de législation et de jurisprudence*, 1844, t. XXI, p. 129.

Digitized by Google

justæ nuptiæ, ont eu lieu, c'est-à-dire du moment où le consentement, qui en est l'âme, a lié un homme et une femme entre lesquels existait le *connubium* ; ce mariage engendre toujours la *puissance paternelle* sur laquelle repose la famille romaine; tellé est la véritable signification de l'axiome : *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, axiome que l'on a étrangement détourné de ce sens primitif [1].

Mais la puissance maritale dépend d'une condition spéciale ; elle peut naître avec l'union conjugale, si celle-ci est contractée suivant des formes déterminées; elle peut s'y ajouter en vertu de la loi, au bout d'un certain laps de temps; elle peut enfin, du moins il est permis de l'affirmer avec certitude depuis la loi des Douze-Tables, ne jamais prendre place dans la maison conjugale, en réservant à la femme une pleine indépendance, en la mettant, par le fait, tellement en dehors de la vie commune, que la belle-sœur de Cicéron dira un jour, dans la maison de son mari : « Je ne suis ici qu'une étrangère [2]. »

Le mariage romain se distingue donc, suivant un caractère accessoire, mais d'une grande importance, en mariage *rigoureux*, conclu avec l'acquisition de la *manus* par le mari, ou auquel la *manus* est venue s'adjoindre plus tard, et en mariage *non rigoureux*, nommé aussi mariage *libre*, parce qu'il n'absorbait pas la femme dans la famille de l'époux.

C'est le mariage sans la *manus*, le mariage *non rigoureux*, qui s'établit presque sans partage à la fin de la république, et qui régit sous l'empire la société conjugale. Le contraire

[1] Les enfants illégitimes, *patrem habere non intelliguntur*. Gaj., I, 64. Ulp., V, 7, § 12, *De nupt.*

[2] Cic., *Epist. ad Atticum*, V, 1, lettre 189 : « Ego sum, inquit, hic hospita. »

Digitized by Google

avait lieu dans l'origine, autant que les monuments historiques permettent d'en juger. Avant la loi des Douze-Tables, la puissance maritale s'adjoignait toujours à l'union des époux, et ce n'est que plus tard, à l'aide d'une faculté introduite par les décemvirs, et qui tarda à se naturaliser dans les mœurs, que le principe opposé rencontra faveur.

Le contraste ne saurait être plus absolu; sujétion ou indépendance de la femme, confusion ou séparation des patrimoines, hérédité légitime ou absence de tout droit de succession, telles sont les conditions extrêmes du mariage accompagné de la *manus*, et du mariage *libre*. Le régime dotal est arrivé plus tard avec la prétention de concilier ces principes divergents; mais, formulé et développé dans le but de venir au secours de la femme en cas de divorce, et de lui faciliter de nouvelles unions, il ne pouvait que corriger ce que la séparation absolue des biens présentait de trop âpre, sans modifier l'idée mère du système qui présentait une sorte d'antithèse avec le régime du mariage indissoluble.

Gaïus dit que la *puissance* du mari sur la femme, du père sur les enfants, était un droit propre aux citoyens romains[1]. Cette *puissance* donne à la famille romaine un cachet particulier, elle est le fruit indigène du sol italique; on ne la rencontre nulle part ailleurs, si ce n'est avec des différences saillantes.

En admettant que le mariage rigoureux fût la loi commune des premiers siècles des Romains, un progrès notable s'est accompli dans la situation de la femme, au regard de la famille orientale. L'épouse entre dans la famille du mari, elle ob-

[1] *Inst. comm.*, I, § 108. Nunc de his personis videamus quæ in manu nostra sunt, *quod et ipsum jus proprium civium romanorum est*, § 109. Sed in potestate quidem et masculi et feminæ esse solent : In *manum* autem feminæ tantùm *conveniunt*.

Digitized by Google

tient les droits d'une fille [1], au lieu d'être traitée comme une esclave, et le dogme fondamental de la monogamie, sévèrement observé, est un acheminement certain vers l'égalité des sexes. Les biens de la femme se confondent dans le patrimoine conjugal, mais à la mort du mari elle partage la succession avec ses enfants, ou la garde tout entière à défaut d'enfants, car elle est *filiæ loco*, car elle est héritière *sienne*.

Nous l'avouerons, il nous est difficile de ne pas admirer cette imposante unité de la famille, qui fit la force de Rome, et qui hâta le développement majestueux du peuple-roi. Cette unité porte un caractère religieux et social, qui aurait dû échapper à des jugements trop sévères. Reportons-nous, par la pensée, vers le laborieux enfantement des principes, qui dominent aujourd'hui, mais que l'antiquité ignorait ou dédaignait, et le sort de la femme romaine, transportée dans la famille du mari, nous semblera marquer un pas décisif vers l'émancipation légitime du sexe.

La famille romaine, eu égard au temps où elle s'est constituée, ne nous apparaît nullement sous une forme sombre et oppressive; il y a dans ce doux nom de fille, dans cette participation absolue à l'existence du mari, un avant-coureur infaillible de la transformation nouvelle, qui posera une compagne à côté de l'homme, et qui donnera naissance à la communauté de biens. C'est ici que la grande loi des *retours* progressifs, tracée par Vico, nous semble rencontrer une application complète. La femme est admise à Rome au moyen de la *manus*, qui lui donne des droits, en même temps qu'elle lui impose des devoirs; elle est admise à une part dans le ménage, mais elle paraît avec l'humble attribut

[1] In familiam viri transibat, filiæque locum obtinebat.

Digitized by Google

de la fille, elle garde un caractère passif; elle invoque la protection du mari, de ce père que l'union conjugale lui a donné, au lieu de marcher son égale et de concourir avec lui au bien commun. Cette sujétion va provoquer une réaction violente, elle va rompre l'harmonieuse unité de la maison conjugale, en créant pour les époux, dans le mariage libre et dans le régime dotal, des intérêts distincts, hostiles; la femme, pour s'élever au niveau de l'homme, a besoin de cette protestation; elle a besoin d'exercer un pouvoir distinct. Mais cette division d'intérêts qu'entretient et que prolonge l'éventualité du divorce, ne saurait subsister avec l'indissolubilité du lien conjugal; la communauté doit reprendre son empire, amélioré, perfectionné, car l'épouse, qui d'esclave était devenue *fille* chez les Romains, deviendra mère et compagne sous l'égide du christianisme. L'unité de la maison conjugale ne reposera plus sur l'absorption complète de la personnalité de la femme, mais sur le concours de deux forces libres, égales et indissolubles.

A l'autorité despotique du chef de la famille orientale s'est substituée dans Rome une autorité plus douce; le père a succédé au maître, l'époux envisage la femme, par une fiction touchante, comme une partie de lui-même, comme un des enfants qui lui doivent la vie.

N'y a-t-il pas dans cette institution comme un reflet de la Genèse, comme un pressentiment de l'Evangile? Cette femme, qui est la fille de l'époux, c'est la chair de sa chair;

[1] Dixitque Adam : « Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea... Quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem et adhærebit uxori suæ : et erunt duo in carne una. » *Gen.*, II, 23, 24.

Saint Paul aux Éphésiens, v. 28 : « Ainsi, les maris doivent aimer leurs femmes comme leur propre corps. Celui qui aime sa femme, s'aime soi-même. »

Saint Paul aux Éphésiens, v. 31 : « C'est pourquoi l'homme abandonnera

Digitized by Google

pour lui elle quitte son père et sa mère, et confond son existence entière avec la sienne. Car l'homme ne peut avoir qu'une seule femme, et il doit lui demeurer uni à jamais. Le droit de répudiation, expression brutale du despotisme, est renfermé dans d'étroites limites; la femme ne peut être renvoyée que dans des cas déterminés, quand elle s'est rendue criminelle, et qu'elle mérite la mort. Lorsque la religion consacre l'union conjugale du prêtre, qui doit servir de modèle aux citoyens, cette union est entièrement indissoluble; au milieu du débordement des mœurs les plus corrompues, alors que les femmes comptent la succession des consuls par le nombre de leurs maris[1], le flamine ne peut divorcer[2]; il semblerait que ces paroles de l'Évangile soient faites pour lui : que l'homme ne sépare point ce que Dieu a uni[3].

Au moyen de la *conventio in manum*, la femme tombait sous la puissance souveraine du mari; mais ce n'était pas pour elle un changement d'état, car quels que fussent sa position et son âge, elle devait toujours être en puissance du mari, du père ou des agnats[4]. Le vieux Caton a énergi-

son père et sa mère pour s'attacher à sa femme, et de deux qu'ils étaient, ils deviendront une même chair. »

Junge, Évangile selon saint Marc, x, 8, et selon saint Matthieu, xix, 5, 6.

[1] Senèque.

[2] Matrimonium flaminis nisi morte dirimi non est jus. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, x, 5. *Flaminica*, id est flaminis uxor, *cui* non licebat facere divortium. *Festus*, e. v. Domitien autorisa le premier un divorce de ce genre.

[3] Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet. Ev. Matth., xix, 6.

[4] Majores nostri nullam, ne privatam quidem, rem agere feminas, sine auctore voluerunt; in manu esse parentum, fratrum, virorum..... Date frenos *impotenti naturæ et indomito animali*, et sperate ipsas modum licentiæ facturas, nisi vos feceritis! Tite-Live, xxxiv, 2.

Gaïus, *Comment.*, i, § 144 : « Veteres enim voluerunt feminas, etiam si perfectæ ætatis, propter animi levitatem, in tutela esse. »

Digitized by Google

quement rappelé ses concitoyens à l'application rigoureuse de ce principe, dont ils se relâchaient, et que les tempéraments inventés par les jurisconsultes finirent par faire dégénérer en une fiction[1].

La femme devait ou rester dans la famille de son père, soumise à la loi de ce dernier, ou passer dans la famille de son époux, pour y occuper une position analogue. Il était bien plus naturel de prendre ce dernier parti; autrement tout ce qu'elle pouvait acquérir devenait la propriété de son père; elle-même dépendait de ce pouvoir extérieur à tel point que la volonté du père suffisait pour rompre le mariage, pour enlever malgré elle la femme du mari[2]. Nous aurons occasion de revenir sur cette question.

[1] Nam cùm permulta præclare legibus essent constituta, ea jureconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt. Hi invenerunt genera tutorum, quæ potestate mulierum continerentur. Cic., *Pro Muren.*, XII.

[2] Voyez dans le *Stichus* de Plaute les plaintes touchantes de Pinacium. (Act. I, sc. I, v. 12.)

Patrem tum meum adeo, unice qui unus
Civibus et omnibus probus perhibetur,
Eum nunc improbi viri opficio uti;
Viris qui tantas absentibus nostris
Facit injurias inmerito,
Nosque ab his abducere volt.....

Sa sœur Panegyris ajoute (v. 51):

..... Neque est cur nunc studeam has nubtias mutarier.
Verum postremo *in patris potestate est situm*
Faciendum id nobis quod parentes imperant.

Leur père Antipho leur dit (sc. II, v. 127):

Mihi auctores ita sunt amici, ut vos hinc abducam domum.

Panegyris. At enim nos, quarum res agitur, aliter auctores sumus.
Nam aut olim, nisi tibi placebant, non datas oportuit,
Aut nunc, non æquom'st abduci pater.....

Antipho. Vosne latrones et mendicos homines magnipenditis?

Panegyris. Non me tu argento dedisti opinor, nubtum, sed viro.

Digitized by Google

De quelque manière qu'on l'envisage, la position de la femme, dans la famille de l'époux, ne mérite pas le blâme qu'on lui a infligé. Elle était une conséquence de sa position dans la cité, en dehors du mariage, de la tutelle perpétuelle à laquelle les femmes demeuraient assujetties, et qui tenait à l'organisation politique. Aussi, tout en admirant la vigueur du coloris avec lequel M. Michelet a tracé la poétique peinture de la famille romaine, ne saurions-nous en admettre complétement la justesse; citons ses paroles[1];

« Au foyer domestique siégent deux divinités, le *lar*, génie muet des anciens possesseurs, dieu des morts, et le père de famille, possesseur actuel, génie actif de la maison, dieu vivant pour ses enfants, sa femme et ses esclaves. Ce nom de père n'a rien de tendre, il ne désigne à cette époque que l'autorité absolue. Ainsi tous les dieux, même ceux des morts, sont indiqués sous le nom de *pères*. Quelque nombreux que soit le cercle de la famille autour du foyer, je n'y vois qu'une seule personne, le père de famille. Le vieux génie de la famille barbare est un génie farouche et solitaire. Les enfants, la femme, les esclaves, sont des corps, des choses et non des personnes. Ils sont la chose du père, qui peut les battre, *les tuer* ou *les vendre*. La femme est la sœur de ses fils. Dès que, selon l'ancien usage, le fer du javelot a partagé les cheveux de la fiancée, dès qu'elle a goûté au gâteau sacré (*confarreatio*), ou que l'époux a compté au beau-père le prix de la vierge (*coemptio*), on lui dicte la formule (*ubi tu gaïus, ego gaïa*); on l'enlève, elle passe, sans le toucher des pieds, le seuil de la maison conjugale, et tombe, selon la forte expression du droit, *in manum viri*. Son mari est son maître et son juge. »

[1] *Histoire romaine*, I, 96.

Digitized by Google

Jusqu'à quel point, dans quelles circonstances et sous quelles conditions le mari avait-il le droit de vie et de mort sur sa femme? Nous le dirons bientôt, mais il n'a jamais eu le droit de la vendre. Cet usage barbare, qui remonte au droit celtique, et dont la trace se conserve dans les rangs inférieurs de la société anglaise, rien n'autorise à l'attribuer à la famille romaine[1]. Quant au génie *farouche et solitaire* des futurs maîtres du monde, il ne leur a pas fait méconnaître l'*unité* du lien conjugal, source première de tout progrès[2]; il ne les a pas empêchés non plus de faire participer la femme à la communion des biens conjugaux.

L. Wolowski.

[1] Un des vers qui terminent les *Menechmes* de Plaute pourrait faire supposer le contraire, s'il renfermait autre chose qu'un sarcasme évident;

« Venibit uxor quoque etiam, *si quis auctor venerit.* »

Le mari n'avait point le *jus venumdandi et occidendi.* (Heineccius, *Antiq. roman.*, I, 10, § 6.)

[2] Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. (Pauli *Rect. sent.*, II, 20, 1.)

Les Romains différaient ainsi des Athéniens, qui maintenaient la polygamie, en admettant des concubines, Παλλακὲς, concurremment avec la femme légitime, pouvant seule donner le jour à des citoyens. (Gans, *Erbrecht*, I, 297.) La loi romaine n'admettait pas non plus l'entretien simultané de plusieurs concubines. (*Nov.* XVIII, cap. 5.)

(*La suite prochainement.*)

Digitized by Google

DES PROCÉDÉS

ET

DES FORMES DE L'ADMINISTRATION [1].

Par quels procédés, dans quelles formes l'administration remplit-elle sa mission? Ces formes sont-elles les plus simples, les plus rapides? Offrent-elles, tant au public qu'aux particuliers, les garanties qui leur sont dues? Digne sujet d'observation et d'étude, car des règles que suit l'administration peuvent dépendre la fortune de l'Etat, la gestion ruineuse ou féconde de ses intérêts, les droits des citoyens, leur liberté. La forme n'est jamais à dédaigner, et dans les affaires publiques son influence n'est pas moins grande que dans les affaires privées. On n'aurait donc qu'une imparfaite connaissance de l'administration, de ses œuvres, des secours qu'elle prête à l'Etat et aux citoyens, si l'on ne se rendait pas compte des règles que les lois lui tracent ou qu'elle s'impose à elle-même dans l'exercice de ses fonctions.

Au moment où la loi du 28 pluviôse an VIII fut présentée au Corps législatif, l'orateur du gouvernement, M. Rœderer, décomposait l'administration publique en trois ordres de fonctions : 1° l'agence de transmission des lois aux administrés et des plaintes des administrés au gouvernement; 2° l'action directe sur les choses et les personnes privées,

[1] Ce travail a été lu par M. Vivien à l'Académie des sciences morales et politiques au mois de novembre dernier. Il fera partie d'une nouvelle édition des *Etudes administratives*.

Digitized by Google

dans toutes les parties mises sous l'autorité immédiate des administrateurs; 3° enfin, la *procuration d'action* dans les parties d'administration remises à des subordonnés. Ce que M. Rœderer appelait la procuration d'action comprenait, selon lui, onze ordres de pouvoirs qu'il énumérait sous les noms d'*instruction*, *impulsion*, *direction*, *inspection*, *surveillance*, *sanction des propositions utiles*, *contrôle des actes suspects*, *censure*, *réformation*, *redressement*, *punition*.

Cette analyse des fonctions administratives était plus subtile qu'exacte et créait des distinctions qui peuvent être vraies, mais que l'esprit saisit difficilement : on a quelque peine à reconnaître les nuances qui distinguent l'impulsion de la direction, la surveillance de l'inspection, la réformation du redressement. D'autre part, la transmission des lois aux administrés, érigée en fonction principale, paraît rentrer dans la procuration d'action et ne pas avoir assez d'importance pour être considérée à elle seule comme une branche de l'administration.

Si nous ne nous trompons, il est possible de ramener l'ensemble des faits administratifs à des termes plus simples et moins métaphysiques. Les actes de l'administration peuvent être rangés en quatre catégories distinctes :

1° Ceux par lesquels, en vertu d'une délégation générale ou spéciale, en vue de subvenir à des besoins publics ou de compléter la loi, elle prescrit d'une manière générale des mesures obligatoires pour tous les citoyens.

2° Ceux par lesquels elle imprime le mouvement aux affaires publiques, en organisant les services dont elle a la direction, en donnant l'impulsion aux agents chargés de l'exécution, en les éclairant, en leur traçant des devoirs.

3° Ceux qui interviennent sur une affaire spéciale ou à

Digitized by Google

l'égard d'une personne désignée, pour l'exécution de la loi ou des services publics.

4° Ceux qui s'accomplissent pour l'instruction des réclamations dirigées contre les décisions ou prescriptions de l'administration.

Chacune de ces espèces d'actes a son caractère particulier et est soumise à des formes spéciales.

I.

Des formes des actes du pouvoir réglementaire.

A tous les degrés de la hiérarchie politique, les dépositaires du pouvoir administratif sont chargés, sous les conditions et dans les limites fixées par les lois, de prendre les mesures réglementaires que réclament les intérêts dont la garde leur est confiée. Les Parlements, qui avaient mis la main sur la législation et l'administration, s'étaient autrefois attribué ce pouvoir qui participe de l'une et de l'autre. Depuis 1789, l'administration seule l'exerce. Il est défendu aux tribunaux de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire (Code civil, article 5), et toute invasion de la justice sur l'administration est interdite.

Le pouvoir réglementaire appartient au gouvernement pour toute la République, aux préfets pour leur département, aux maires pour leur commune. Le premier fait des règlements d'administration publique, les autres font des arrêtés. A Paris, le préfet de police rend des ordonnances.

Parmi les formes des règlements d'administration publique, il en est auxquelles ils sont tous soumis ; il en est, au contraire, qui ne sont exigées que pour ceux à l'égard desquels la loi les a spécialement prescrites.

Tous les règlements d'administration publique doivent

Digitized by Google

satisfaire à deux conditions. En premier lieu, ils doivent être précédés d'une délibération du Conseil d'Etat.

Assurer l'unité d'application des règles administratives; empêcher que, pour des cas semblables, les solutions ne varient avec les services ou avec les départements ministériels; donner à la rédaction l'ordre, la simplicité, la clarté qui en sont les mérites essentiels et trop peu appréciés : tel est l'office du Conseil d'Etat. Son étude constante est de renfermer chaque pouvoir dans sa sphère. De même que, dans la préparation des lois, il n'admet point des articles purement réglementaires, de même, dans les règlements, il écarte les dispositions de pure exécution, qui doivent être laissées à l'appréciation de l'administration.

Un autre soin le préoccupe. Il évite d'insérer dans les règlements des dispositions copiées dans la Constitution ou dans les lois. Cette transposition les amoindrit en diminuant leur autorité. Les citoyens qui trouvent une disposition dans un simple décret ne savent pas toujours qu'elle est revêtue de l'autorité de la loi. Le gouvernement pourrait lui-même s'y tromper dans des décrets ultérieurs et les modifier comme purement réglementaires. D'autre part, en séparant les articles d'une loi de ceux qui les précèdent ou les suivent, on peut en altérer le sens, comme il arrive de la phrase qu'on détache du livre d'un écrivain. On est même quelquefois amené à en changer le texte pour les placer dans un nouveau cadre; la loi est ainsi atteinte et dans sa lettre et dans son esprit. Le règlement ne doit donc pas s'approprier l'œuvre du législateur. C'est une règle que le Conseil d'Etat observe toujours et à laquelle des ordonnances, rendues sans son concours, ont quelquefois dérogé. On peut citer pour exemple celle du 31 mai 1838, sur la comptabilité, qui a glané dans la Charte,

Digitized by Google

dans les lois et les règlements une foule d'articles dont la réunion forme l'assemblage le plus disparate.

Tels sont quelques-uns des avantages attachés à la délibération obligée du Conseil d'Etat, et l'on comprend aisément que le législateur, considérant l'importance des règlements d'administration publique, ait voulu qu'ils fussent au moins éclairés des lumières d'un corps où l'expérience pratique se trouve à un si haut degré unie à la science des lois.

Il était d'autant plus nécessaire d'exiger à leur égard un examen attentif et approfondi, qu'en raison de leur caractère semi-législatif, ces règlements ne sont pas susceptibles d'être attaqués directement par la voie contentieuse, alléguât-on qu'ils ont porté atteinte à un droit; tout au plus a-t-on quelquefois admis les citoyens à se pourvoir contre les actes particuliers qui leur en faisaient l'application; d'un autre côté, le droit accordé aux tribunaux de ne point prononcer, s'ils les trouvent illégaux, les peines qui s'attacheraient à leur violation, n'est qu'un remède indirect et incomplet. Le recours au gouvernement lui-même, la réclamation devant le pouvoir législatif, restent donc, à peu près, les seuls moyens de redressement; et comme ces moyens sont tous d'un ordre purement discrétionnaire, il fallait prendre à l'avance des précautions contre l'erreur ou la précipitation.

La seconde condition imposée aux règlements d'administration publique est la promulgation; ils doivent, dans la même forme que la loi dont ils sont les appendices, être portés à la connaissance des citoyens et rendus exécutoires pour tous.

Indépendamment de ces conditions, certains règlements doivent être préparés par une instruction administrative

Digitized by Google

dont les bases sont déterminées. Ainsi, lorsqu'ils peuvent avoir pour conséquence d'imposer des taxes aux citoyens ou des servitudes à la propriété, des enquêtes ou des expertises sont prescrites, des avis sont demandés; par ce moyen les intéressés sont admis à présenter leurs observations, soit par eux-mêmes, soit par l'intermédiaire des conseils électifs qui les représentent, et il est fait appel à la science des hommes de l'art et des conseils administratifs.

Nous venons de dire quelles formes sont imposées aux règlements d'administration publique : il convient à présent de rechercher quelles mesures sont, par leur nature, assujetties à ces formes, ou, en d'autres termes, exigent qu'un règlement de cette espèce soit rendu. Cette question n'est pas sans difficulté, parce qu'aucune loi ne l'a résolue en principe, et qu'en fait des mesures réglementaires sont prises par de simples décrets, tandis que les formes des règlements d'administration publique sont suivies, parfois même illégalement ordonnées, pour des mesures qui n'ont pas le caractère réglementaire.

Souvent les lois décident que, pour leur exécution, il interviendra un règlement d'administration publique. Dans ce cas, aucun doute ne s'élève, et la Cour de cassation ne reconnaît pas la force obligatoire aux décrets qui sont rendus sans que le Conseil d'Etat ait été consulté. Mais quand le règlement n'est pas expressément prescrit, à quelle espèce de dispositions doit-on en appliquer les formes? Où finit l'empire du décret, où commence celui du règlement? On peut dire que toutes les fois qu'il s'agit de dispositions qui statuent d'une manière générale et permanente, qui imposent des devoirs aux citoyens et donnent lieu, en cas d'infraction, à une répression pénale, il y a lieu de recourir à un règlement d'administration publique; mais cette règle

Digitized by Google

n'est écrite nulle part et n'a pas reçu la sanction de la jurisprudence.

Au second degré des pouvoirs autorisés à faire des règlements, se trouvent les préfets, comme représentants de l'Etat dans leurs départements respectifs. Leur droit diffère de celui du gouvernement en ce qu'il est circonscrit dans le territoire du département et ne peut s'exercer qu'à l'égard d'intérêts, même généraux, qui le touchent. Le principe s'en trouve dans la nécessité de procurer satisfaction aux besoins publics, de conjurer les périls imminents, de pourvoir au bien-être collectif des citoyens. Il tient plus du pouvoir réglementaire de l'autorité municipale, dont il sera parlé ci-après, que de celui du gouvernement qui vient d'être exposé. Il prend son origine dans la loi du 22 décembre 1789, qui avait chargé les administrations départementales « de toutes les parties de l'administration et notamment de celles qui étaient relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publique. » Les préfets ayant été substitués, en l'an VIII, aux administrations départementales, ont hérité de cette attribution, à laquelle était attaché le pouvoir réglementaire.

Les arrêtés qu'ils rendent à ce titre ne sont soumis à aucune forme déterminée. Peut-être la loi devrait-elle les obliger à prendre au moins l'avis préalable du Conseil de préfecture, à défaut de celui du Conseil général, qui, ne siégeant pas d'une manière permanente, ne pourrait pas être consulté en toute occasion. Au reste, comme ces arrêtés sont toujours susceptibles, sauf les droits des tiers, d'être rapportés ou modifiés par l'autorité supérieure et par le préfet lui-même, et que les parties intéressées ont le droit de faire des réclamations, les erreurs commises ne sont jamais irréparables.

Digitized by Google

D'un autre côté, les arrêtés réglementaires des préfets, comme les règlements d'administration publique, ont pour sanction les peines que l'autorité judiciaire applique aux contrevenants, et celle-ci refuse toute force aux dispositions par lesquelles un préfet aurait excédé la limite de ses pouvoirs ou méconnu les conditions auxquelles la loi en avait subordonné l'exercice.

Indépendamment de cette attribution générale, des lois ont conféré aux préfets, pour des objets et à des conditions déterminés, un pouvoir réglementaire. Ainsi la loi du 15 mai 1818 les charge de faire des règlements sur les frais de poursuites en matière de contributions directes. Ces règlements ne peuvent, toutefois, être exécutés qu'après avoir reçu l'autorisation du gouvernement. La loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux charge également les préfets de faire des règlements pour l'exécution de ses dispositions. Mais elle en exige la communication au Conseil général, dont les observations sont transmises au ministre qui approuve le règlement. Enfin, la loi du 3 mai 1844, sur la chasse, confère un droit analogue aux préfets. Les règlements qu'elle leur remet le soin de faire ne sont pas soumis à l'approbation de l'autorité supérieure, mais ils ne peuvent être rendus que sur l'avis du Conseil général.

Parmi les magistrats investis du pouvoir réglementaire, les maires occupent la place la moins élevée, mais non la moins considérable. Chargés « de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics (loi du 14 décembre 1789), ils sont, pour tout ce qui se rapporte à ces objets essentiels, les législateurs de la commune. Leur droit est inhérent à leurs fonctions mêmes; seulement quand les arrêtés qu'ils rendent

Digitized by Google

ont un caractère réglementaire, l'exécution en est suspendue pendant un mois, pour que l'autorité supérieure, à qui ils sont tenus de les communiquer, puisse, si elle le trouve convenable, en prononcer l'annulation; précaution sage à l'égard de fonctionnaires qui ne présentent pas tous les garanties de capacité et d'instruction nécessaires à cette partie si importante de leur ministère.

Le droit d'annulation réservé à l'autorité supérieure et le contrôle indirect de l'autorité judiciaire, qui ne prête force qu'aux arrêtés rendus dans les limites de la loi, sont les seules garanties qui existent à l'égard des maires. Aucune forme ne leur est tracée; aucun conseil ne les éclaire. Quelques-uns consultent officieusement le Conseil municipal; le plus grand nombre s'en abstient; nul n'y est tenu. L'avis de ce Conseil paraîtrait utile dans tous les cas, bien qu'on ne puisse se dissimuler qu'il en est où cette délibération préalable serait de nature à créer quelques difficultés. Dans plusieurs pays, ces sortes d'arrêtés sont pris par le Conseil municipal lui-même ou par l'assemblée qui en tient lieu. D'ailleurs, il est bon, en général, que l'administration agisse, autant que possible, de concert avec ceux qui représentent auprès d'elle les vœux et les besoins publics. Cette participation leur donne une connaissance plus réelle des difficultés pratiques que soulèvent les affaires; elle fait peser sur eux une solidarité qui adoucit les résistances et déjoue souvent les oppositions, en les forçant à s'expliquer.

C'est ainsi que, dans l'Etat, dans le département, dans la commune, s'exerce le pouvoir réglementaire, moins solennel, moins stable que la loi elle-même, mais atteignant les citoyens dans des intérêts plus nombreux, plus immédiats, plus intimement liés à leurs besoins journaliers et à tous les détails de la vie commune.

Digitized by Google

II.

Des formes des actes de direction et d'impulsion.

La direction supérieure de l'administration part du centre, et, sans intermédiaires ou en passant par ceux qui sont placés entre le gouvernement et ses agents secondaires, elle se répand sur tous les points du territoire. Elle est un des instruments les plus énergiques et les moins offensifs de la centralisation, car elle tend à maintenir l'unité, l'ordre, l'activité commune qui en sont le but et le bienfait. La Cour de cassation, le Conseil d'Etat préposés à la conservation de ces intérêts précieux, n'agissent que dans des cas spéciaux, quand ils y sont expressément conviés; plus active, plus constamment éveillée, l'administration centrale est toujours en exercice et incessamment occupée à imprimer le mouvement et à l'entretenir.

Par la loi, par les règlements, sont fondés des services publics. Il devient nécessaire de les organiser, de régler leur marche, leur fonctionnement, de déterminer le nombre des agents qui y seront attachés, d'assigner à chacun son grade, sa fonction, ses devoirs. L'administration y pourvoit d'abord par des décrets ou des arrêtés.

Comme les décrets rendus à cet effet ne doivent recevoir leur application qu'à l'égard de personnes ou de choses qui dépendent de l'administration, ils n'ont pas besoin d'être entourés des mêmes formalités que les règlements d'administration publique. Ils sont signés par le chef de l'Etat, qui peut toujours les modifier ou les rapporter, selon les besoins et les circonstances. Cependant, il arrive souvent que la loi pour l'exécution de laquelle ils sont faits exige qu'ils soient rendus *dans la forme des règlements d'admi-*

Digitized by Google

nistration publique, ou *le Conseil d'Etat entendu*, locutions différentes, mais dont la signification est la même. Quelquefois aussi l'administration, bien qu'elle en soit dispensée, juge convenable de consulter le Conseil d'Etat, afin de profiter de ses avis et de donner au décret plus d'autorité.

Quand l'administration ne croit pas nécessaire de recourir à un décret, de simples arrêtés ministériels organisent les services. Ils ont une autorité suffisante pour tout ce que le ministre serait autorisé à prescrire lui-même, car on ne peut lui refuser le droit d'établir par disposition générale ce qu'il pourrait ordonner successivement et pour chaque cas particulier; mais ils ne présentent pas autant de garanties que les décrets. Les ministres peuvent toujours les rapporter, et se croient permis d'y déroger à leur gré. En outre, ces arrêtés n'ont d'autorité que pour le département du ministre qui les a faits, et souvent ils ne durent pas plus longtemps que lui; en général, ils ne reçoivent pas de publicité. On peut d'ailleurs en contester la valeur dès qu'ils ne s'appliquent pas exclusivement à des objets et à des individus qui ne sont pas immédiatement et entièrement sous la main du ministre. Ainsi, un simple arrêté ministériel a réglé le service intérieur des prisons, la discipline et le régime des détenus; cet arrêté, qui contenait les dispositions les plus sages et qui a été exécuté sans opposition, n'excédait pas, peut-être, les pouvoirs du ministre, mais il en était l'application la plus extrême, et il est permis de penser que les mesures qu'il prescrivait n'auraient rien perdu à être prises par décret, si ce n'est par règlement d'administration publique.

C'est après que la loi a reçu son complément par les règlements d'administration publique, les décrets, les arrêtés d'organisation, que commence la direction adminis-

Digitized by Google

trative proprement dite. Elle concerne soit l'ensemble d'un service, soit une affaire ou un agent particulier; en d'autres termes, elle est générale ou spéciale. Considérons-la sous ces deux aspects.

Les actes que fait l'administration supérieure pour diriger les services publics dans leur ensemble ont pour objet ou l'interprétation de la loi ou l'indication de règles de conduite.

Une loi bien rédigée doit être brève, claire, explicite; mais la brièveté, qui évite les développements secondaires, nuit quelquefois à la clarté même, et la disposition la plus explicite peut encore présenter un sens ambigu. Il faut s'être appliqué à la préparation des lois pour comprendre combien la rédaction en est difficile, malgré le génie de notre langue si simple, si précise, si logique. Il n'est donc pas de loi qui ne soulève des doutes; quand ces doutes atteignent un droit privé, il appartient aux juridictions de les résoudre, mais les procès doivent être évités, et plus l'administration prévient les plaintes et écoute attentivement les réclamations, mieux elle accomplit sa mission. D'ailleurs, l'application de la loi ne met pas toujours des droits en question, et quand elle touche seulement à des intérêts qu'aucune juridiction ne défend, nul n'est plus intéressé que le gouvernement à la mettre en harmonie avec la pensée du législateur.

A ce besoin répondent les instructions et les circulaires. Le gouvernement y dépose le résultat de son expérience et de ses études; il y retrace le véritable esprit de la loi, qu'il a le plus souvent présentée lui-même au Corps législatif, et dont il connaît le sens pour en avoir suivi la discussion; il la rapproche des précédents dont il possède la

Digitized by Google

tradition et des principes généraux du droit dont il est pénétré.

Quoique, par leur nature, ces sortes d'instructions rentrent dans les pouvoirs en quelque sorte internes de l'administration, leur importance est telle que l'Assemblée constituante de 1789 ne dédaigna pas de faire elle-même celles qui étaient nécessaires pour l'exécution de certaines lois, notamment des lois qui fondaient le nouveau système administratif. Elle pensa sans doute que nul ne pouvait mieux qu'elle en révéler l'esprit et en assurer la fidèle application. Les circonstances, la nouveauté du sujet, l'absence d'un gouvernement bien assis, expliquent cette dérogation au partage régulier des attributions; en effet, dans les temps ordinaires, il n'appartient qu'au gouvernement de faire des instructions interprétatives de la loi, et il ne peut rien émaner du pouvoir législatif qui n'ait la valeur et le titre de loi.

Les instructions ne servent pas seulement à l'interprétation de la loi; elles ont aussi pour but d'en régler l'exécution. Le ministre fait connaître à ses subordonnés les devoirs qu'elle leur impose, l'époque où ils doivent les accomplir, les droits dont ils sont armés, et l'usage qu'il convient qu'ils en fassent. Il lève les difficultés qui lui sont signalées, dissipe les incertitudes, corrige les applications vicieuses, empêche les diversités qui porteraient atteinte au principe fondamental de l'unité.

Parfois, la circulaire a un caractère politique. En effet, les lois dont l'exécution est remise au gouvernement ne se refusent pas, malgré leurs termes absolus, à une appréciation discrétionnaire. Selon l'état des esprits, les besoins de la société et les circonstances, l'application peut en être tolérante ou rigoureuse. Il est des moments où les lois

Digitized by Google

d'ordre public doivent être appliquées avec fermeté; il en est où elles peuvent sommeiller, comme l'épée dans le fourreau. Les lois d'impôt elles-mêmes, quelque expresses qu'en soient les dispositions, reçoivent quelquefois des tempéraments, commandés par les souffrances des populations, par la dureté des saisons, par l'invasion d'un fléau, et l'administrateur bien avisé n'oublie point qu'il est une âpreté de poursuites qui nuit plus au trésor public qu'elle ne lui profite, et que l'Etat, comme tout autre créancier, s'expose à tout perdre, s'il ne veut rien concéder. Voilà ce que les circulaires expliquent aux subordonnés. L'administration y assume une responsabilité, à laquelle ils ne pourraient s'exposer d'eux-mêmes. Elle y remplit son véritable office, celui d'entendre le vœu des populations, et, sans enfreindre la volonté du législateur, d'accéder à ce vœu dans la mesure indiquée par la justice et la politique.

Par les circulaires, l'administration s'attache encore à propager les institutions utiles qui sont dues au zèle privé des citoyens, et qu'elle prend sous son patronage, sans prétendre les diriger. C'est ainsi que les salles d'asile, les caisses d'épargne et les crèches, établissements si dignes à des titres divers d'encouragement et d'appui, ont reçu des circulaires la plus favorable impulsion. On a vu aussi des ministres recommander, par ce moyen, des publications ou des entreprises particulières; mais il faut que l'intérêt public s'y trouve manifestement engagé, pour qu'un tel moyen d'influence soit accordé à des intérêts privés.

L'autorité des circulaires est purement morale. La loi ne peut en recevoir aucune atteinte; exprimer une opinion, donner une direction, c'est toute leur portée. Elles ne peuvent créer aucune obligation pour les citoyens. Plusieurs

Digitized by Google

arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat l'ont expressément décidé. Mais elles lient les agents mêmes de l'administration, sauf le droit qui leur est toujours réservé, de ne point se rendre à une interprétation qui leur paraîtrait erronée, et d'adresser des représentations sur la conduite qui leur est tracée, si leur conscience y résiste.

Lorsque M. François de Neufchateau quitta pour la seconde fois le ministère de l'intérieur, il fit imprimer le recueil des circulaires qui avaient marqué le cours de ses deux administrations. Cette publication a depuis été faite par les soins du gouvernement et continuée jusqu'en 1839. On y trouve les plus précieux documents sur des branches du service public qui composent aujourd'hui trois ministères. Le jurisconsulte, l'administrateur, l'économiste peuvent la consulter avec fruit. Si le temps a emporté un grand nombre des questions qui y sont traitées, il ne leur a pas fait perdre leur intérêt historique, et beaucoup d'autres n'ont pas cessé d'occuper l'administration.

Il serait très-important que dans chaque branche du gouvernement on reprît toutes les circulaires déjà faites, afin de les coordonner et d'en composer, pour ainsi dire, un corps de doctrine administrative. On ne serait pas arrêté par les obstacles qui s'opposent à la codification des lois et des règlements. Il dépend, en effet, de chaque ministre, de chaque chef de service, de faire, d'abroger, de modifier les circulaires qui le concernent. Cette refonte ferait cesser une confusion fâcheuse. Les circulaires se succèdent, se remplacent et parfois se contredisent. L'agent qui leur demande une règle de conduite ne la trouve pas toujours clairement tracée, et les contradictions des instructions administratives viennent s'ajouter à celles de lois rédigées avec précipitation et sans vues d'ensemble. Au département

Digitized by Google

de la justice, entre autres, les officiers du ministère public ont reçu, depuis quarante ans, des instructions qui forment une collection, dépareillée dans la plupart des parquets, et aussi volumineuse qu'incohérente. Un garde des sceaux avait entrepris de les résumer toutes, en reproduisant avec ordre et méthode ce qui en était encore applicable, mais ce projet n'a pas eu de suite.

On a longtemps considéré le secret comme une condition nécessaire de la politique, des finances, de l'administration, et même de la justice. Sous le régime nouveau a disparu ce préjugé, et l'expérience en a démontré le vice. La publicité a préservé de la déloyauté la politique, du gaspillage les finances, et de l'arbitraire la justice. Elle n'a pas été moins utile à l'administration, et ses avantages constatés ont contribué à l'étendre. Toutes les circulaires qui ont un caractère général et permanent sont publiées. Les plus importantes sont insérées au *Moniteur*, les autres dans des recueils officiels ou semi-officiels, publiés dans le sein des diverses administrations. Par ce moyen, les administrés, informés de la pensée qui préside à l'exécution des lois, peuvent la juger, la discuter ; les agents ont sans cesse un guide sous les yeux. Cependant, on comprend que l'administration ne peut rendre toutes ses communications publiques. Qu'elle exprime des craintes sur une disette que fait prévoir l'état de la récolte, sur des signes précurseurs d'une épidémie, sur des troubles avant-coureurs d'une insurrection, et qu'elle ordonne, en conséquence, des mesures de précaution ou de sûreté, publier ses circulaires, ce serait jeter la perturbation dans les affaires, inquiéter les populations, et peut-être aggraver le mal au lieu de le conjurer. Mais les circulaires qui doivent demeurer confidentielles sont les moins nombreuses, et les considéra-

Digitized by Google

tions les plus impérieuses peuvent seules motiver une exception, qui n'est le plus souvent que momentanée, à la règle générale de la publicité.

C'est dans les administrations centrales que s'élaborent toutes les instructions des ministres et des chefs des grands services publics. Là sont recueillis les documents parlementaires, les archives administratives, les notions pratiques et d'ensemble, que le mouvement des affaires procure chaque jour; là sont réunis en grand nombre des hommes laborieux et exercés qui rassemblent les matériaux des circulaires, en discutent les principes, en rédigent le texte et en font rapport au ministre ou au chef qui leur donne le sceau de son autorité; là est le foyer de la direction administrative.

En général, l'administration centrale correspond avec les chefs placés à la tête des départements ou des autres circonscriptions territoriales, préfets, procureurs généraux, préposés intermédiaires des services spéciaux; ceux-ci, à leur tour, sont chargés de diriger leurs subordonnés respectifs; les préfets donnent aux sous-préfets ou aux maires des instructions qui sont imprimées et publiées dans le recueil des actes administratifs que chaque département possède; les procureurs généraux correspondent avec les procureurs de la République, ceux-ci avec les juges de paix; la même succession de rapports s'établit entre les chefs secondaires des services spéciaux et leurs inférieurs. Ainsi, de proche en proche, la direction s'exerce, la pensée du Gouvernement se transmet et tous les rouages reçoivent l'impulsion.

Cette impulsion ne consiste pas seulement dans l'enseignement collectif et général dont les circulaires sont les conducteurs; elle embrasse aussi les affaires spéciales et

Digitized by Google

jusqu'aux moindres détails de l'administration; elle stimule le zèle, brise les obstacles, combat la négligence, lutte contre les passions locales, impose l'exactitude et défend les intérêts légitimes. A cet effet, des ordres sont donnés, des explications demandées, des états de situation exigés; une surveillance constante s'attache aux agents; ils sont mandés pour rendre compte de leur conduite; des commissaires vont les remplacer et accomplir les obligations qu'ils ont refusé ou négligé de remplir eux-mêmes; des punitions disciplinaires sont infligées. Une correspondance, entretenue sans relâche entre le chef et ses subordonnés, assure l'autorité de l'un et l'obéissance des autres.

Le style et le ton de cette correspondance se modifient avec les temps et avec les hommes. Le laconisme et la rudesse y trahissent les gouvernements et les ministres aux yeux de qui la dureté du langage est un signe de force. On y retrouve la politesse du monde avec ceux qui pensent que l'autorité ne perd rien à observer les règles de l'urbanité et qu'une volonté ferme n'est pas nécessairement hautaine et impérieuse.

Tels sont les moyens que l'administration emploie pour diriger les affaires publiques et pour en assurer la conduite régulière. Ainsi, le pouvoir réglementaire a complété la loi ou l'a suppléée, la direction administrative a établi les ressorts par lesquels le mouvement se communique et elle les a mis à la disposition de l'Etat : c'est alors que l'administration entre dans tous les détails de l'exécution relativement aux affaires particulières et aux citoyens qui s'y trouvent engagés. Quelles sont les formes qu'elle suit dans cette partie de ses fonctions? C'est ce que nous allons rechercher.

Digitized by Google

III.

Des formes des actes de l'administration relatifs à des affaires spéciales ou à des personnes privées.

L'administration est incessamment en contact avec les citoyens, soit pour l'exercice de la police administrative, soit pour l'accomplissement des fonctions qui lui sont remises dans un intérêt général d'ordre et de police, soit enfin pour la gestion des services publics. Les formes de son action varient selon qu'elle agit pour l'un ou l'autre de ces objets.

Pour l'exercice de la police administrative, l'office principal de l'administration est de constater les contraventions et de saisir les juridictions investies du droit de les réprimer. Ses agents dressent des procès-verbaux, les affirment devant un magistrat, si la loi l'exige, et les transmettent aux tribunaux judiciaires ou administratifs.

Ici encore se retrouve cette faculté d'appréciation qui est de l'essence du pouvoir administratif. Si les infractions n'étaient pas constatées à l'égard de tous, si des distinctions personnelles étaient faites, le grand principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi serait violé. L'administration manquerait à ses premiers devoirs si tous ne pesaient pas du même poids dans sa balance; mais elle n'est pas tenue dans tous les cas, à toutes les époques, de déployer la même sévérité. Il lui appartient d'user de tempérament, par exemple, lorsque la loi est nouvelle et que ceux qu'elle concerne la connaissent mal et n'ont pas encore contracté les habitudes qu'elle doit créer. L'administration peut donner d'abord des avertissements amiables et ne provoquer des poursuites que dans le cas où ses conseils

Digitized by Google

sont méprisés ; les circonstances sont encore prises en considération. Ainsi, quand des maladies pestilentielles désolent les populations, l'exécution des lois qui intéressent la salubrité est surveillée avec une inflexible activité et aucune infraction ne trouve grâce. C'est entrer dans les vues du législateur de chercher avant tout le but qu'il s'est proposé et de ne jamais faire sortir de ses prescriptions d'inutiles rigueurs.

On a demandé quelquefois si l'administration avait le droit de supprimer les procès-verbaux dressés par ses agents et de les soustraire ainsi à l'examen de l'autorité judiciaire. En principe, ce droit ne lui appartient pas. Son mandat expire au moment où celui de la justice commence, par la constatation officielle d'un fait punissable. La question a été ainsi résolue à l'égard des commissaires des chemins de fer, qui y avaient donné lieu. D'après la loi, tous leurs procès-verbaux doivent être transmis au procureur de la République appelé à les apprécier et à requérir, ou non, une information. Ce magistrat exerce donc un droit d'examen préalable, mais ce droit est de l'essence de ses fonctions, et il l'exerce à un autre point de vue que l'administration, à un point de vue exclusivement judiciaire.

Constater les contraventions est, en cette partie des pouvoirs de l'administration, son principal, mais non pas son seul devoir. Elle a encore, au nom de la sûreté publique, le droit de prescrire certaines mesures spéciales ou accidentelles. Pour préserver la salubrité publique, elle ordonne qu'un foyer d'infection sera supprimé ; pour arrêter les progrès d'un incendie, elle ordonne que des constructions seront démolies ; pour rendre la circulation libre, elle ordonne que des matériaux placés sur la voie publique seront enlevés. Elle agit ainsi au nom de tous et dans l'in-

Digitized by Google

térêt commun. A cet effet, les préfets et les maires prennent des arrêtés qui ne sont soumis à aucune forme spéciale, à l'avis préalable d'aucun conseil. L'urgence résisterait le plus souvent aux délais qu'entraînerait une instruction quelconque. Ces arrêtés sont obligatoires; qui les enfreint ou refuse de les exécuter peut être traduit devant les tribunaux et puni des peines de police.

D'autres pouvoirs sont, dans des intérêts analogues, conférés à l'administration. Quelques lois ont subordonné à son autorisation préalable l'exercice de certaines facultés. Quelquefois elle est autorisée à faire des concessions, en matière de mines, par exemple. En général, elle est tenue, avant de statuer, de remplir des formalités dont l'objet est d'avertir les tiers intéressés, d'appeler le public à contredire, de constater les avantages et les inconvénients de l'autorisation ou de la concession. Si l'importance des droits qu'il s'agit de conférer réclame un examen approfondi, l'avis du Conseil d'Etat doit être pris. Ainsi, il est exigé pour l'autorisation à donner aux établissements dangereux. insalubres ou incommodes de première classe, et pour les concessions de mines.

Dans l'exercice de ces pouvoirs, l'administration est investie d'une pleine autorité; elle peut accorder ou refuser. La loi s'en est entièrement remise à sa sagesse. Mais il faut bien se garder de confondre le pouvoir discrétionnaire dont elle jouit, avec le pouvoir arbitraire. Le premier est soumis à des conditions et à des règles. Quand la loi, qui ne peut tout prévoir et tout régler, délègue son droit à un appréciateur plus flexible, plus rapproché des citoyens, mieux constitué pour ne négliger aucun élément de solution, elle entend qu'il n'écoute que la justice et l'utilité publique, et loin de permettre que ces deux bases d'un bon gouverne-

Digitized by Google

ment soient ébranlées, c'est au contraire pour les maintenir qu'elle se substitue l'administration. Le pouvoir arbitraire, elle le dénie; il est l'ennemi de la règle, l'attribut du despotisme, et ne peut trouver place dans la législation d'une société libre.

Au droit de refuser l'autorisation ou la concession se lie nécessairement celui d'y attacher des conditions, mais il faut qu'elles soient dictées par l'intérêt même en vue duquel l'administration a été appelée à autoriser ou à concéder. Ainsi, elle prescrit les mesures qui assainiront un établissement classé comme insalubre; elle astreint le concessionnaire de la mine à observer certaines précautions dans l'exploitation. Toute autre condition serait contraire au droit. Il y aurait concussion à exiger une redevance pécuniaire, fût-ce au profit du Trésor; excès de pouvoir à imposer des charges en faveur d'un tiers ou même d'un immeuble de l'Etat; violation de la loi à prescrire, même dans l'intérêt public et de l'aveu du concessionnaire, des dérogations au droit public. L'administration est fidèle à cette règle, et quand, dans des vues d'ailleurs fort honorables, elle a proposé de s'en écarter, le Conseil d'Etat l'y a rappelée.

Telle est la forme de l'action administrative dans l'exercice des fonctions qui se rattachent à la police publique. Etudions maintenant celle des actes relatifs aux services confiés à l'administration, nous voulons parler des actes de gestion, d'intendance, si l'on peut ainsi dire, que nécessitent les propriétés, les revenus de l'Etat et les transactions qu'il est appelé à faire.

Les grands services publics, et spécialement l'impôt et la comptabilité, ont leurs formes et leurs règles particulières, dont la description ne peut entrer incidemment dans cet aperçu général. Nous en parlerons à part avec les

Digitized by Google

détails qu'elles comportent. Il n'est question en ce moment que des actes qui sont communs à toutes les branches de la gestion administrative.

D'accord avec le pouvoir législatif et sous son autorité, cette gestion s'effectue sans interruption, par les soins de l'administration : disposition et affectation des immeubles, achats nécessités par les besoins de l'Etat, emploi des objets et des denrées qu'il possède, toutes les opérations enfin qui se rapportent à la fortune publique et aux affaires de l'Etat sont ou décidées, ou exécutées ou réglées par décrets, arrêtés, ordres écrits.

Des traités sont passés entre l'administration et des tiers ; il faut faire des contrats, acheter, vendre, louer, entreprendre des travaux, se procurer des draps pour vêtir les détenus et l'armée, du blé pour les nourrir, des fourrages pour alimenter les chevaux, des matériaux pour les routes, les édifices, etc. Comme tous ces actes sont également faits pour le compte de l'Etat, et que, divers seulement pour leur objet, ils sont intrinsèquement les mêmes, la loi et les règlements les ont soumis à des règles communes.

D'abord l'administration, pour les contrats qu'elle passe, est son propre notaire ; elle leur confère l'authenticité : prérogative justement accordée au caractère des agents qui la représentent, à la régularité de sa marche, à la publicité qui entoure ordinairement ses transactions, à la nature enfin des objets dont elle traite. Il est naturel, en effet, qu'elle n'ait pas besoin de recourir à des officiers publics institués par elle-même, pour suppléer à l'inexpérience ou à l'inattention des parties privées. Seulement, il faut que ses actes soient réguliers, qu'ils émanent de l'autorité établie par la loi pour les souscrire, et, quand une approbation ultérieure est requise, que cette approbation ait été

Digitized by Google

donnée. A ces conditions, l'authenticité est entière, avec toutes les conséquences qui y sont attachées, l'hypothèque, la force exécutoire, etc.

Cette exception s'explique encore par une autre condition qui est imposée à l'administration, et qui tient à la position exceptionnelle de ses agents. Il y a, en effet, cette différence entre un particulier stipulant pour lui-même et l'administrateur stipulant pour l'Etat, que le premier est convié par son intérêt personnel à exiger les meilleures conditions, à débattre rigoureusement celles qui lui sont proposées, à ne faire aucune concession non compensée, tandis que l'autre, par négligence, par complaisance, si ce n'est par collusion, peut donner les mains à des arrangements qui ne sont onéreux qu'au public. D'un autre côté, la bonne renommée de l'administration fait partie de cet ascendant moral, qui est sa principale force; et s'il importe qu'elle ne faillisse point, il n'importe pas moins peut-être qu'elle ne soit jamais accusée, soupçonnée même d'avoir failli. Ces graves considérations ont fait admettre, à l'égard des marchés passés par le gouvernement, une règle qu'on a considérée à la fois comme une garantie de la fortune publique et de la réputation des administrateurs. Ces marchés doivent être faits avec publicité et concurrence; la publicité appelle les offres, la concurrence les fait entrer en lutte.

On doit l'adoption de cette règle au souvenir de marchés qui, à d'autres époques, ont révolté la conscience publique, compromis les finances de l'Etat, et déshonoré plus encore les ministres qui les signèrent que les traitants qui y trouvèrent une fortune scandaleuse. Le remède adopté a pu mettre un terme à des fraudes honteuses, mais l'Etat y trouve-t-il tous les profits qui lui étaient promis? Il est

Digitized by Google

permis d'en douter. La concurrence, soit par un effet naturel, soit par suite de concerts illicites, ne fait pas toujours triompher les entrepreneurs qui offrent le plus de capacité, de solvabilité, de moralité; excessive, elle réduit les prix à un taux tellement bas que les hommes prudents se retirent, et que ceux qui traitent ne peuvent tenir leurs engagements ou s'y ruinent; insuffisante, elle contraint les gouvernements à payer plus cher que s'ils avaient traité de gré à gré. Cependant des précautions sont prises pour prévenir ces abus. Selon les cas, l'administration, en dressant à l'avance la liste des concurrents qu'elle admet à entrer en lice, écarte ceux qui ne satisfont pas aux conditions nécessaires; elle fixe le prix au-dessus duquel elle n'admet aucune proposition; des cautionnements sont exigés; les concerts coupables qui auraient pour but d'écarter les enchérisseurs sont poursuivis et punis. Ces précautions corrigent les vices du système de la concurrence, mais elles ne les effacent point. On ne peut nier que des marchés de gré à gré, passés avec discernement, intelligence et probité, procureraient souvent de meilleurs résultats; mais comment défendre l'Etat contre l'insouciance ou la fraude de ses agents, contre les défiances d'une opinion malveillante et passionnée, contre les attaques des compétiteurs éconduits?

Heureusement, la règle de la publicité et de la concurrence admet des exceptions nombreuses, que la nécessité commandait. S'il y a urgence, si l'opération exige le secret, si elle réclame des artistes éprouvés, si elle n'a lieu qu'à titre d'essai, si elle porte sur des valeurs trop faibles pour comporter les frais et l'appareil d'une adjudication, si la concurrence est impossible, parce que l'objet du marché est dans une seule main, le gouvernement est autorisé à traiter de gré à gré.

Digitized by Google

Lorsqu'il est procédé par voie d'adjudication, des annonces sont faites et publiées à l'avance ; les conditions proposées par l'administration sont énumérées dans un cahier de charges très-détaillé, destiné à prévoir tous les incidents d'une longue opération. L'administration a raison de prendre toutes ses sûretés, mais elle a souvent le tort d'imposer aux entrepreneurs des conditions très-onéreuses, de se réserver une latitude très-arbitraire, de les rendre ainsi plus exigeants, et d'écarter, par suite, en les effrayant, ceux dont la loyauté se refuse à chercher dans des profits illicites la compensation de ces charges.

Après l'adjudication ou le marché de gré à gré, il appartient à l'administration de veiller à l'exécution des engagements pris envers elle. S'il y est fait infraction, elle applique les clauses pénales insérées dans le marché. S'il s'agit de fournitures en cours de livraison, de travaux en cours d'exécution, la déchéance de l'adjudicataire est prononcée, et une nouvelle adjudication lui donne un successeur. Dans le cas où il est impossible d'y procéder, une régie est établie, c'est-à-dire que l'administration exécute elle-même les fournitures ou les travaux, au moyen d'achats directs ou d'ouvriers qu'elle paye et dirige, aux frais de l'entrepreneur mis en déchéance.

Quelquefois, sans traiter avec les tiers, l'administration a recours à la régie. C'est ce qui arrive quand elle veut faire des expériences, se rendre compte des prix réels d'achat et de main-d'œuvre, ou quand les opérations sont de trop peu d'importance pour réclamer le secours d'un intermédiaire ; mais ces cas sont fort rares : la régie se concilie mal avec les habitudes de l'administration, elle donne lieu à des erreurs et à des mécomptes, et n'offre pas à l'Etat des garanties suffisantes.

Digitized by Google

IV.

Des formes de l'instruction du contentieux administratif.

Les formes que l'administration est ordinairement tenue de suivre ou qu'elle s'impose volontairement sont instituées en vue des intérêts publics. Les garanties qu'elles offrent ne suffisent pas au citoyen qui, en son nom individuel et privé, la loi ou un contrat à la main, élève ou combat une prétention qui engage sa propriété, sa fortune, sa condition personnelle; la loi lui doit la protection dont les droits privés sont constamment entourés dans les sociétés bien ordonnées.

Dans les cas exceptionnels où les tribunaux sont appelés à prononcer, les formes judiciaires sont nécessairement observées, et nous n'avons à nous occuper que des contestations portées devant les juridictions administratives.

Nous avons déjà retracé l'organisation de ces juridictions et les règles générales de leur compétence. Nous n'y revenons en ce moment que relativement aux formes qui sont observées devant elles.

Pour apprécier jusqu'à quel point ces formes satisfont aux conditions d'une bonne justice, il faut distinguer entre les juridictions qui ont une existence propre, et celles qui, mêlées à l'action administrative même, se confondent, pour ainsi dire, avec elle, telles que la juridiction des ministres.

Devant les premières, presque toutes les formes de la procédure ordinaire sont suivies : citations, discussion contradictoire, sentence motivée, tout s'y retrouve. Il en est cependant qui, en raison de leur caractère spécial et de la nature des intérêts soumis à leur examen, sont placées sous un régime exceptionnel. Ainsi, les conseils de révi-

Digitized by Google

sion, institués par la loi du recrutement, ont une procédure sommaire que commandait la nécessité d'arrêter promptement la liste des jeunes gens appelés sous les drapeaux, et de prononcer la libération de ceux qui n'étaient pas atteints. Le débat est purement oral; la décision est immédiate; l'opposition n'est point reçue; point de recours, si ce n'est pour incompétence ou excès de pouvoirs. Ainsi encore, les réclamations relatives au service de la garde nationale sont jugées sommairement, à la suite d'un débat oral, en première instance par les conseils de recensement, en appel par les jurys de révision. La formation d'un jury avait pour conséquence la souveraineté de la décision, l'opposition non admise, le recours autorisé seulement pour incompétence, excès de pouvoirs ou violation de la loi. Ainsi, enfin, la Cour des comptes est également investie d'une juridiction souveraine, quant au fait, conséquence nécessaire du caractère tout spécial et pour ainsi dire technique des matières qu'elle juge; mais l'instruction y est écrite et l'opposition admise.

A part ces exceptions, les formes adoptées par les juridictions administratives diffèrent peu de celles que les lois ont établies devant les tribunaux ordinaires. En règle générale, l'instruction s'y fait par écrit. Un collége spécial d'avocats en est chargé devant le Conseil d'Etat. La plaidoirie publique y est en outre autorisée; elle ne l'est point devant les Conseils de préfecture, les Conseils privés des colonies, les Commissions de desséchement, etc. Cependant les avocats, les parties et leurs mandataires sont admis, par tolérance, sur leur demande et quand les circonstances le permettent, à présenter des observations orales. Des décrets ont organisé la procédure auprès du Conseil d'Etat; celle que suivent les Conseils de préfecture n'est tra-

Digitized by Google

cée par aucun acte de l'autorité publique; elle a été, en grande partie, réglée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui a considéré comme substantielles certaines règles empruntées, soit à son propre règlement, soit au Code de procédure civile.

Comme on le voit, il reste peu de chose à faire à l'égard des juridictions dont nous venons de parler. Il n'en est pas de même de celle des ministres. Le caractère mixte de cette juridiction s'opposait à l'emploi des formes ordinaires.

Point de citation proprement dite. S'agit-il d'une réclamation de l'Etat contre un citoyen? Si la réclamation a pour objet le recouvrement d'une somme, on délivre contre le débiteur prétendu une contrainte, c'est-à-dire un ordre de payer, qui est exécutoire, mais contre lequel le pourvoi est admis pendant un délai déterminé, passé lequel la contrainte est définitive. Si la réclamation de l'Etat a un autre objet, le ministre prend une première décision, susceptible, à la vérité, d'opposition, comme n'ayant pas été précédée d'un débat contradictoire, mais qui forme, contre la partie intéressée, un premier préjugé dont elle a droit de s'inquiéter. S'agit-il, au contraire, d'une réclamation contre l'Etat? Le citoyen adresse sa demande au ministre, mais il n'a pas toujours le moyen de s'assurer qu'elle lui parviendra.

Point de défense orale. La partie a seulement le droit de fournir des mémoires. Elle peut obtenir d'être entendue par les employés qui préparent la décision du ministre et par le ministre lui-même, si l'affaire en vaut la peine; mais ces conférences sont de pure faveur. En matière de comptes, de liquidations d'entreprises ou de fournitures, l'avis des agents qui ont suivi les opérations est demandé et communiqué à la partie pour qu'elle y réponde. Tout cela se fait

Digitized by Google

avec loyauté, avec un juste souci des droits privés; mais tout cela pourrait être refusé, aucune loi, aucun règlement ne l'exigeant.

La décision du ministre est rendue et doit être notifiée. Mais sur ce point encore, il n'y a qu'arbitraire et incertitude. Les décisions ministérielles sont rendues dans des formes très-différentes et ne portent pas toujours le signe de l'autorité qui s'y rattache. Tantôt, un subordonné fait un rapport au ministre, qui y donne son approbation par sa signature, quelquefois par un simple paraphe. Tantôt le ministre prononce par un seul mot le rejet de la demande. On en informe l'intéressé par l'intermédiaire d'un subordonné ou directement par une lettre qui lui apprend simplement que sa réclamation n'a pas été accueillie. Ni considérant, ni dispositif, rien qui indique un acte de juridiction. Selon la matière, le même acte ministériel a le caractère d'un jugement ou d'un simple refus de payement. Ainsi, dans les contestations qui sont de la compétence des Conseils de préfecture, dans celles par exemple qui sont relatives aux entreprises de travaux publics, l'acte par lequel le ministre rejette les réclamations qui lui sont soumises est rendu dans la même forme que ceux par lesquels il statue comme juge; les plus cruels mécomptes résultent de cette confusion. Tantôt, pour qu'on n'oppose pas un jour l'autorité de la chose jugée, les avocats font intenter, par précaution, des pourvois qu'ils croient eux-mêmes inutiles. Tantôt la partie qui ne se rend pas un compte exact de la notification qu'elle a reçue, n'y voit qu'une simple communication officieuse et laisse s'écouler les délais sans se pourvoir, ou écrit au ministre pour solliciter un plus ample informé. Aucun soin n'est pris pour la détromper. Le temps se passe, le pourvoi cesse d'être recevable, et trop souvent

Digitized by Google

le droit le plus manifeste est ainsi mis à néant. La jurisprudence du Conseil d'Etat constate de ces regrettables surprises. Depuis longtemps déjà on a signalé la nécessité d'en empêcher le retour par l'adoption de formes sacramentelles. Quelques améliorations ont été introduites. Il est des ministères où les décisions sont prises dans une teneur juridique, avec des motifs et un dispositif, et où la partie est expressément informée du délai dans lequel elle peut exercer son recours ; mais il en est encore où ces sages précautions sont négligées.

Il serait nécessaire que toutes les formes à suivre devant les ministres fussent tracées avec précision, les délais fixés, les moyens de recours indiqués, en un mot, que devant une juridiction si exceptionnelle, les citoyens fussent au moins à l'abri des embûches. Il y va de leur droit, de leurs intérêts les plus précieux, non moins que de l'honneur même de l'administration.

Après la notification et quand la décision est devenue définitive, il y a lieu de l'exécuter. Si les mesures qui en sont la conséquence rentrent dans les attributions de l'administration, elle les prend elle-même; autrement elle procède par les voies du droit commun, notamment par saisie, vente des biens, contrainte par corps, s'il y a lieu à recouvrement de deniers.

Sur ce simple exposé, on peut juger des formes de l'instruction contentieuse administrative. Régulières et protectrices devant les juridictions proprement dites, elles sont dépourvues de garanties légales devant les ministres. C'est, dans notre système administratif, une lacune qui doit attirer l'attention de quiconque pense que la liberté publique est atteinte toutes les fois qu'un droit privé peut être offensé, de quelque manière que ce soit.

Digitized by Google

V.

Considérations générales.

Si l'on examine dans leur ensemble les formes et les moyens d'action dont nous venons de présenter le tableau, il est juste d'en louer la régularité, la méthode, l'ordonnance; mais en leur rendant cet hommage, on ne peut dissimuler combien l'administration française est lente, embarrassée, chargée de complication. Elle défend les intérêts de l'Etat, mais à grands frais; elle sert les citoyens, mais au prix d'une longue attente; elle atteint son but, mais à travers mille obstacles.

On peut assigner plusieurs causes à ces graves défauts.

Le désir de contrôle et de garantie a été porté à l'excès. On oblige l'administration à recueillir de toutes parts des avis et des renseignements. On la tient dans une tutelle permanente. Chaque jour, les lois instituent des Conseils nouveaux et s'ingénient à leur créer des attributions, sans prendre garde à ceux qui existent déjà, sans rechercher s'il est nécessaire d'en augmenter le nombre. Conseils municipaux, Conseils cantonaux, Conseils de préfecture, Conseils académiques, Conseils généraux, Conseils d'agriculture, Conseils de salubrité, Conseils d'hygiène; il est telle affaire qui, successivement soumise à toutes ces Assemblées, ne peut recevoir une solution qu'après avoir passé par cette interminable filière. Chacun des avis exigés entraîne des délais, des convocations, des délibérations, des expéditions de pièces, des correspondances. Ici, on exige une expertise, là, une enquête. L'administration n'excite que défiance. Tout est mis en doute : ses lumières, son impartialité, souvent même sa bonne foi. Sans contredit,

Digitized by Google

il est indispensable qu'elle soit avertie, tenue en respect, défendue contre les ombrages du public, contre ses propres erreurs. Mais les liens dont on la garrotte ne compriment-ils pas ses mouvements, loin de les régler, et de tant de précautions prises, ne sort-il pas le plus souvent l'obscurité au lieu de la lumière, une responsabilité amoindrie parce qu'elle est partagée, le doute à la place de l'affirmation, des opinions fausses qui autorisent des décisions injustes, une hésitation qui dicte des termes moyens, dont le but est de ménager tout le monde et le résultat ordinaire de ne contenter personne, et enfin une langueur qui paralyse tous les ressorts?

L'esprit judiciaire s'est imprégné dans les lois administratives. Il ne faut pas s'en étonner. Longtemps l'administration est restée dans les mains des Parlements. Les anciens règlements portent le cachet des habitudes de procédure et de la préoccupation des formes dont ces grands corps ne pouvaient pas se dégager. De nos jours même, les magistrats, les hommes de loi, nombreux dans nos assemblées, y ont, par l'autorité de leurs lumières et de leurs talents, fait prévaloir les mêmes sentiments. Sous leur influence, les matières les plus simples ont été hérissées de notifications, de délais, de recours. Les pratiques du greffe se sont introduites dans l'esprit du législateur.

A ces complications créées par l'esprit judiciaire viennent se joindre celles qu'a inventées la routine administrative; ce n'est pas assez des formalités légales, on multiplie, comme à plaisir, les travaux des fonctionnaires publics. On les accable de tableaux à dresser, de comptes à rendre, de documents à rassembler. Ce que l'on demande à un maire de village, on ne saurait le décrire. Dans ce surcroît d'occupations, les recherches statistiques occupent une place

Digitized by Google

considérable. Ces recherches sont utiles, sans doute; elles profitent à la science et éclairent l'administration; mais elles devraient être circonscrites dans le cercle des faits officiels, authentiques, non contestables et susceptibles de vérification. Interroger, comme on le fait, tous les maires de la République sur des faits insaisissables, qu'ils ignorent et dont ils ne peuvent s'assurer, leur demander des appréciations morales qui dépassent l'intelligence du plus grand nombre, c'est s'exposer à donner cours, sous la garantie de l'autorité publique, aux assertions les plus inexactes, et couvrir l'erreur d'un manteau officiel. Dressez donc la statistique judiciaire, celle des prisons, des établissements de bienfaisance, nul n'y contredira, à condition toutefois que ces travaux théoriques n'arrêteront, ni ne suspendront la marche des affaires; mais si vous prétendez constater ainsi la production agricole ou manufacturière, indiquer les causes du mouvement de la population, faire des investigations pour lesquelles il n'existe aucune méthode certaine, résoudre enfin les problèmes les plus ardus de la science, vous ne recueillez que des hypothèses, chacun vous répond à sa manière et d'après ses idées personnelles, et beaucoup vous trompent sciemment, dans la crainte que quelque impôt ou quelque mesure vexatoire ne soit le but auquel tendent vos investigations. Les inconvénients de ces innombrables enquêtes statistiques n'ont pour correctif que l'impossibilité où l'administration se trouve le plus souvent d'en tirer parti. Combien en est-il, en effet, qui vont mourir dans les cartons et ne voient jamais le jour !

On prodigue la correspondance et les écritures. La signature seule de ces myriades de pièces consume un temps énorme. Président de la République, ministres, directeurs, préfets, ceux qui réunissent en leurs mains des pouvoirs

Digitized by Google

nombreux, sont écrasés de signatures. Leur vie entière s'y épuise. Aucun ne peut lire ce qu'on met sous sa plume, et par conséquent la signature n'est qu'une formalité illusoire. Celui, en effet, qui voudrait connaître, même superficiellement, les actes sur lesquels il engage ainsi sa responsabilité, y dépenserait ses jours et ses nuits, et ne pourrait consacrer un instant aux pensées générales, aux études, aux projets de réforme et d'amélioration qui doivent tenir la première place dans l'esprit des hommes publics, investis d'une autorité élevée. Bien autre est la condition des ministres dans un pays où cette administration paperassière est inconnue. Un jour, un ami de M. Canning allant lui faire visite, au moment d'une grande lutte parlementaire, le trouvait occupé à lire Horace pour se délasser l'esprit. On trouverait un ministre français, en semblable occasion, donnant des signatures pour vider ses portefeuilles.

Pour la moindre difficulté, l'instruction d'une affaire est suspendue; les pièces sont renvoyées, des explications demandées, de nouvelles formalités prescrites. Pour la plus simple transmission, une lettre est faite. Toute lettre est écrite par un commis, qui la soumet au chef ou sous-chef, expédiée ensuite par un autre employé et envoyée à la signature. On croit nécessaire de garder minute de toutes les dépêches; de là, d'innombrables copies. Si le chef de l'Etat doit signer, il en est fait une pour lui, une autre pour l'agent qui sera chargé de l'exécution, une troisième pour les archives. Le résultat le plus certain de cette multiplication de papiers est que tout classement devient impossible, et qu'à force de tout conserver, on ne retrouve rien.

Aux divers échelons administratifs les mêmes choses se

Digitized by Google

passent. Tout bureau est un atelier d'écritures. La lettre du ministre est envoyée aux préfets ; elle donne lieu, dans l'intérieur de la préfecture, puis à la sous-préfecture, à des opérations semblables. Elle passe aux agents extérieurs chargés de l'exécution ; ceux-ci se livrent à une nouvelle correspondance. Par suite de ces procédés, il a été constaté que le nombre des lettres administratives qui, écrites de fonctionnaire à fonctionnaire, sont franches de port, s'élève à 16 millions par an [1], soit 44 mille environ par jour, y compris les jours fériés, et sans compter les lettres écrites par les fonctionnaires à des particuliers, lesquelles ne jouissent pas de la franchise. C'est ainsi que le temps se perd, que les dossiers enflent et que des légions de commis deviennent nécessaires.

On se ferait difficilement une idée des lenteurs qui résultent de cette organisation, et des précautions minutieuses qui viennent encore les prolonger. Une pièce arrive au ministère ; le secrétaire général l'arrête au passage pour l'enregistrer. Transmise ensuite dans la division qu'elle concerne, elle y est enregistrée de nouveau. Un temps considérable est absorbé par le voyage des dossiers. Il faut calculer par mois, si ce n'est par années, la durée d'une affaire qui doit être renvoyée dans les départements, adressée à une Commission ou au Conseil d'Etat, ou sortir de toute autre façon d'un ministère ou d'une division, pour recevoir un complément d'instruction. La rédaction, la correction, l'expédition, la signature, confiées à des mains différentes, sont autant d'étapes où la moindre lettre doit successive-

[1] 16,363,956 lettres en 1843; elles pesaient 980,000 kil., c'est-à-dire, d'après le poids moyen des lettres des particuliers, autant que 130,529,450 lettres simples. (V. Rapport de M. Chégaray à la Chambre des députés sur la réforme postale, séance du 5 juillet 1844.)

Digitized by Google

ment s'arrêter. La signature surtout se fait souvent attendre pendant de longs jours. Les pièces qui y aspirent vont s'engouffrer dans d'énormes portefeuilles, où elles demeurent jusqu'à ce que l'heure de la délivrance ait sonné pour elles.

Les communes, les particuliers qui ne peuvent se plier à ces lenteurs finissent par ne plus prendre souci de l'administration ; on passe outre, et on la laisse délibérer gravement sur des questions qui sont résolues en fait. Plus d'une fois, on l'a vue examiner encore si une construction serait autorisée, une rue ouverte, longtemps après que la dernière pierre avait été posée et que le public circulait librement. Voilà où conduit l'abus des écritures et la longueur des formalités.

Nous avons indiqué ailleurs les réformes qui doivent être introduites dans le système de la centralisation, pour obvier à quelques-uns de ces inconvénients si fâcheux. Il est d'autres mesures qui sont indépendantes de ce système : des formules imprimées d'avance pour tout ce qui est de pure forme, des signatures données par bordereaux pour tout ce qui n'est pas susceptible de vérification, de simples annotations au lieu de copies, des transmissions faites par un ordre écrit en marge au lieu de lettres, d'autres simplifications encore qu'il serait facile d'adopter, corrigeraient des habitudes créées sans doute par des commis inutiles, qui voulaient se donner quelque chose à faire. Il est juste de dire que quelques ministres sont entrés dans cette voie. Il importe que leur exemple soit suivi, et qu' en dépit de la routine et des résistances des bureaux, la réforme s'étende à tous les services publics.

Il faudrait donner plus aux rapports personnels et directs. Rien n'est plus trompeur que l'administration assise et

Digitized by Google

toujours armée d'une plume. Trop souvent, celui qui a envoyé une lettre croit que son devoir est accompli, et qu'un acte ordonné est un acte fait. Le commandement ne vaut que par l'obéissance qu'il obtient. Il n'y a donc de bonne administration que celle qui voit par ses yeux, qui se montre et qui parle. A la vérité, il y faut plus de soins, plus d'activité, plus d'efforts, et à écrire beaucoup on gagne d'être jugé sur les moyens plus que sur les effets. Il est vrai aussi que la médiocrité des traitements et le défaut d'indemnités spéciales empêchent, non moins que la masse des travaux sédentaires imposés par le régime actuel, que les délégués de l'administration ne s'exposent à la perte de temps et aux dépenses qu'occasionnent des déplacements fréquents; mais ces obstacles peuvent être levés. Aucune dépense ne serait plus utile que celle qui réduirait le nombre des correspondances, et permettrait, entre les citoyens et les administrateurs, des rapports plus nombreux, et ces rapports mêmes auraient pour résultat nécessaire d'alléger les travaux de cabinet.

En Angleterre, dans les rares administrations que le service de l'Etat a fait constituer, on procède avec bien plus de simplicité qu'en France. Ce qui se passe à la douane de Londres peut être cité comme exemple. Un particulier réclame; il apporte sa demande, et reçoit en échange un bulletin portant le numéro d'ordre dont elle a été marquée, avec invitation de se représenter le lendemain. La demande est soumise sur-le-champ à un Comité (*board*) qui siége en permanence. S'il est besoin de prendre l'avis de quelque agent extérieur, la demande lui est communiquée sans délai; il écrit son avis en marge et la rend. Le Comité en délibère sans désemparer. Dès le lendemain, le réclamant peut se représenter; il produit son bulletin et reçoit

Digitized by Google

sa demande même, sur laquelle est consignée la décision prise. Point de correspondance, de minute, d'expédition, et par conséquent point de temps perdu. Aussi deux employés suffisent aux travaux d'ordre que nécessite ce travail, et, chaque année, 14,000 affaires sont ainsi expédiées[1]. Voilà comme on agit dans un pays qui, si attaché qu'il soit aux formes juridiques, apprécie avant tout la valeur du temps et les inconvénients des formes inutiles.

Si l'on comparait les procédés de l'administration publique avec ceux des administrations privées, celles-ci fourniraient également des exemples dignes d'être imités. L'industrie particulière se garde bien d'adopter des usages qui causent tant de lenteurs et de dommages. Il est telle direction de chemin de fer, de canaux, tel banquier, tel notaire, tel avoué qui, avec un petit nombre d'auxiliaires, fait plus d'affaires que les grandes administrations publiques où, auprès d'employés consciencieux, modestes, actifs, dévoués à leurs devoirs, il en est tant qui viennent chaque jour donner à un travail stérile les heures qu'ils ne dépensent point en distractions oisives.

Notre administration ressemble à ces vieilles armées qui ne pouvaient faire un pas sans traîner à leur suite un lourd et embarrassant attirail, qui s'astreignaient aux lois d'une stratégie timide et méthodique, et s'exposaient plus volontiers presque à perdre une bataille, qu'à la livrer contrairement aux règles reçues.

Ces vieilles pratiques n'existent plus. Les mouvements ont été simplifiés, les transports allégés; on poursuit le succès, sans trop se soucier des théories de l'art.

Les procédés de l'administration provoquent une réforme

[1] V. Bailly, *Finances du Royaume-Uni*, t. Ier, p. 29.

Digitized by Google

analogue. Qu'elle devienne plus rapide, moins formaliste, et, si l'on peut ainsi parler, plus mobile ; il n'en résultera aucune atteinte à ce qui fait la force et la nécessité de la centralisation, et l'on maintiendra l'unité sans violence, l'ordre sans suspension du mouvement, et la hiérarchie sans lenteur.

VIVIEN.

Digitized by Google

DU CRÉDIT FONCIER [1].

L'opinion publique s'est vivement préoccupée depuis nombre d'années de la question du *crédit foncier*. Mettre en contact la terre et le capital, à des conditions favorables ; écarter les obstacles qui empêchent la confiance de s'établir, alors que la solidité du gage est la plus grande ; faciliter la libération du débiteur et mettre à la disposition constante du créancier les fonds dont il a fait l'avance, telles sont les principales données du problème. Nous croyons qu'il aurait été depuis longtemps résolu en France, si on ne l'avait pas compliqué, mal à propos, de plans chimériques, de notions fausses sur la nature et sur la fonction des valeurs à émettre. Beaucoup de bons esprits se sont mis en défiance contre le *crédit foncier*, quand ils l'ont vu servir de prétexte aux créations les plus téméraires. Trop souvent on a confondu la circulation commode de titres, dont la solidité participe de celle du sol même, avec une monstrueuse émission de papier-monnaie ; de nouveaux alchimistes croyaient, en effet, avoir découvert une sorte de pierre philosophale en érigeant en numéraire des *lingots de terre*, arrachés à leur immobilité pour remplir l'office d'agents de la circulation.

Le *crédit foncier* a risqué de perdre ainsi son caractère véritable, et de se confondre avec un immense laboratoire de *papier-monnaie*.

Nous n'avons pas besoin d'insister sur cette erreur capitale : la fonction des métaux précieux, les éléments de la circulation,

[1] Ce travail fait partie de la dernière livraison du *Dictionnaire d'économie politique*, publié par M. Guillaumin. Il résume l'état actuel de la question du *crédit foncier*, en tenant compte des documents les plus récents, tels que l'enquête du *Conseil d'Etat* et le rapport de M. Chégaray.

L. W.

Digitized by Google

la distinction entre la multiplication stérile du signe de la richesse, et l'accroissement fécond des instruments de travail, se trouvent expliqués ailleurs, et nous permettent d'aborder, sans autre digression, l'étude du crédit territorial, dégagée de ces excroissances parasites qui menaçaient de l'étouffer.

La remarquable discussion, engagée devant l'Assemblée constituante, en octobre 1848, au sujet de la création des *bons hypothécaires*, faisant fonction de numéraire, a porté à de périlleuses doctrines financières un coup dont elles ne se relèveront pas. Dans deux discours, qui resteront, MM. Léon Faucher et Thiers ont pleinement démontré le danger et le néant des conceptions empruntées au système de Law et au régime des assignats.

Le champ de la discussion se trouve mieux délimité maintenant ; il ne s'agit plus ni de cours forcé, ni de l'émission d'un papier de banque, d'un billet payable au porteur et à vue, quand le gage est un contrat hypothécaire, essentiellement à long terme.

Avant d'étudier le mécanisme du *crédit foncier*, il est essentiel de répondre à ceux qui nient celui-ci d'une manière absolue, qui se refusent à reconnaître deux espèces de crédit, ayant un type distinct et appelant une organisation spéciale : le crédit *personnel* et le crédit *réel*.

Sans doute *crédit* veut toujours dire *confiance;* il repose toujours sur l'abandon temporaire des instruments du travail, représentés par le capital prêté. Mais les conditions varient forcément quand elles ne reposent que sur une simple promesse, ou quand elles se fondent sur un gage matériel. La durée du prêt, la certitude du remboursement, les moyens d'exécution, tout dépend de la nature de la garantie.

Le vieil adage : *plus est cautionis in re quàm in personâ*, n'a pas cessé de subsister, quant à la ligne de démarcation qu'il établit ; mais, par une singulière déviation, la *caution* la plus considérable se voit préférer celle qui paraît moins sûre : l'engage-

Digitized by Google

ment *personnel* obtient des conditions moins onéreuses que l'engagement *territorial.*

Pourquoi cette dissonance ? Elle tient à ce que la solidité du gage se trouve souvent révoquée en doute, à ce que les droits qui s'entre-croisent jettent de l'obscurité sur le résultat final ; enfin à ce que le crédit assis sur la terre participe des allures de la propriété, et devient lourd et pesant comme le sol lui-même.

Les incertitudes qui environnent le placement *hypothécaire* peuvent disparaître sous l'empire d'une législation plus simple et plus prévoyante ; c'est une question de simple droit civil ; mais à côté on en rencontre une autre qui rentre dans le domaine de l'économie politique : comment concilier le placement à longue échéance et l'immobilité du gage avec la prompte et facile disposition des fonds prêtés ?

Le *crédit public* a depuis longtemps résolu ce problème ; les emprunts faits par l'Etat sont à longue échéance, ou même ils affectent le caractère de la perpétuité, et cependant la réalisation des *effets publics* l'emporte en facilité et en commodité sur toutes les autres valeurs. La création de *la rente*, l'ouverture du *grand-livre*, ont suffi pour absorber dans une solution supérieure deux termes, inconciliables en apparence.

L'Etat ne s'oblige point à rembourser, ou ne promet de le faire que successivement, à longue échéance, par voie d'amortissement ; mais la régularité avec laquelle il remplit ses engagements permet aux *titres de rente*, marqués d'une valeur notoire et uniforme, de se transmettre de main en main, d'*avoir cours sur la place.* Au lieu de la libération du débiteur, on obtient une facile substitution de créanciers.

Là se trouve tout le nœud de la question pour le *crédit foncier ;* du moment où il ne s'agit point de pourvoir aux opérations rapides, sans cesse renouvelées de l'industrie et du commerce, qui restituent, dans un laps de temps limité, les capitaux qu'ils absorbent ; du moment où, à ce mouvement de rotation, succède le lent et régulier effort de la production agricole et des améliorations foncières, il faut constituer un *titre de rente terri-*

Digitized by Google

toriale, il faut emprunter au mécanisme du *grand-livre* ce double caractère de la *permanence* de l'engagement et de la circulation de la *valeur*. Tel est le but des institutions de crédit, dont plusieurs pays de l'Allemagne, ainsi que la Pologne, sont dotés depuis longtemps, que la Belgique vient de naturaliser chez elle, et qui ne tarderont sans doute pas à s'établir en France.

Des travaux récents ont répandu une vive lumière sur cette question. Outre les *rapports* présentés par M. *Royer,* et dernièrement par MM. *Josseau, Chonski* et *Delaroy*, sur les institutions de crédit foncier dans les divers pays de l'Europe, nous devons signaler la remarquable enquête ouverte par le Conseil d'Etat en 1850. Toutes les objections y ont été produites par les hommes les plus compétents, comme aussi les divers systèmes proposés y ont été développés. L'analyse critique de ce document suffirait pour présenter une étude complète de la matière.

Celle-ci a été faite en Belgique, où le projet du gouvernement vient de traverser une discussion approfondie dans les deux Chambres, et se trouve maintenant transformé en une loi, d'une application prochaine.

Le gouvernement français avait également présenté à l'Assemblée législative, déjà saisie d'une proposition émanée de l'initiative parlementaire, un plan d'organisation du crédit foncier, qui a donné lieu à un excellent rapport de l'honorable M. Chégaray. Déjà les travaux préliminaires de la réforme hypothécaire avaient fourni de nombreux et utiles renseignements.

Qu'il nous soit permis de rappeler quelques travaux qui ont contribué à éveiller l'attention publique sur cette grande question. Dès 1835, nous l'avons abordée dans notre *Revue de législation et de jurisprudence*; et voici ce que dit M. Chégaray dans son rapport à l'Assemblée législative :

« En juillet 1839, notre honorable collègue, M. Wolowski, soumettait à l'Académie des sciences morales et politiques un Mémoire étendu [1] où, faisant, pour la première fois, connaître le

[1] Voyez notre *Revue*, 1839, t. x, p. 241.

Digitized by Google

mécanisme des associations de crédit foncier établies en Allemagne depuis le dix-huitième siècle, il proposait d'introduire dans notre pays de semblables institutions, en subordonnant toutefois leur établissement à la réforme de la législation hypothécaire. M. Rossi, chargé de rendre compte à l'Académie de ce travail remarquable, prêtait à l'innovation proposée toute l'autorité de son esprit si élevé, si pratique et si pénétrant : « L'idée de M. Wolowski n'est pas un rêve, disait, en terminant, l'illustre rapporteur ; elle n'a pas les inconvénients, ne présente pas la difficulté de la mobilisation du sol ; c'est une application heureuse du principe de l'association, soumis à l'action, ou au moins à la haute surveillance de l'Etat[1]. »

D'un autre côté, beaucoup de préventions s'affaiblissent ou disparaissent. Un ancien ministre du commerce, M. Buffet, déclarait, dans l'enquête du Conseil d'Etat, qu'il était moins opposé, qu'il ne l'avait été il y a quelques années, aux institutions de crédit foncier. Dans son discours de 1848, M. Thiers a lui-même demandé qu'on en fît l'essai en France.

M. Vernes, sous-gouverneur de la Banque de France, s'est montré favorable à cette création. « Il ne s'agit pas de créer le crédit foncier, a-t-il dit, *il existe ; il ne faut que le dégager des entraves qui le compriment.* »

Cette assertion est parfaitement fondée : oui, le crédit foncier, assis sur la garantie du sol, existe. La dette hypothécaire qui grève la propriété territoriale le prouve suffisamment. Mais il existe dans des conditions mauvaises ; il entraîne un service d'intérêts trop onéreux et il écrase l'emprunteur sous l'obligation du remboursement en bloc, à échéance rapprochée.

Commençons par nous rendre compte de la situation actuelle, en écartant avec soin toute exagération de chiffres. Une cause sérieuse doit dédaigner les faits incertains ; ceux, d'ailleurs, qu'une étude attentive a constatés, suffisent pour justifier les tentatives de réforme.

[1] Voyez notre *Revue*, 1839, t. x, p. 386

Digitized by Google

Nous croyons, avec l'honorable M. Passy, que l'on a trop assombri les couleurs, en parlant de la situation de la propriété en France; on généralise des faits individuels, en la présentant comme courbée sous le poids d'embarras excessifs. Sans doute beaucoup de propriétaires souffrent, beaucoup de biens sont fortement grevés, et il importe de leur venir en aide; mais l'ensemble du sol est moins obéré en France que dans le reste de l'Europe. Les appréciations varient entre le *dixième* et le *cinquième* de la valeur territoriale, qui serait absorbée par l'accumulation des emprunts. On évalue, en effet, de 6 à 11 milliards le montant de la dette hypothécaire, tandis que l'estimation de la propriété foncière flotte entre 60 et 80 milliards.

Le prix élevé auquel la terre n'a cessé de se vendre et qui en fait ressortir le revenu à un taux de beaucoup inférieur à celui des autres placements, suffit pour prouver avec quelle ardeur la propriété territoriale continue d'être recherchée. Ce n'est certes pas un signe de décadence.

Mais l'aspect se modifie quand on met en parallèle la somme des intérêts à servir, et le montant du revenu territorial; on arrive à constater une disproportion énorme avec les chiffres que nous venons d'indiquer. Les évaluations moyennes n'estiment pas à moins de 5 à 600 millions la charge annuelle des emprunts, tandis que le revenu du sol ne dépasse pas 2 milliards.

Cette disproportion provient du taux élevé du loyer des capitaux, qui équivaut au double du revenu de la terre.

Ici encore nous devons, pour rester dans les termes de l'appréciation la plus rigoureuse, insister sur une remarque essentielle. Voici ce que disait, dans l'enquête du Conseil d'Etat, M. Boussingault, dont la parole fait autorité en matière agricole : « En général, quand on parle des revenus de l'agriculture, on confond deux choses qu'il est essentiel de distinguer : le revenu du fonds et *le profit de l'industrie du cultivateur*. Je suis bien d'avis qu'en empruntant à 6 ou 8 pour 100, pour acquérir une terre qui ne rapportera peut-être que 2 et demi, on fait une très-mauvaise spéculation. C'est même à ce genre d'opération

Digitized by Google

que j'attribue la principale cause de la déplorable situation dans laquelle sont placés un trop grand nombre d'habitants des campagnes. Mais il en serait autrement si le cultivateur empruntait uniquement pour accroître son matériel d'exploitation, pour améliorer ses cultures ; dans ce cas, il pourrait sans inconvénient emprunter à un taux aussi élevé que s'il s'agissait d'une autre industrie. On répète sans cesse : comment veut-on que l'agriculture prospère, quand elle ne trouve des fonds qu'en payant un intérêt de 6 à 8 pour 100, alors qu'il est notoire que les revenus du sol atteignent rarement 3 pour 100 ? C'est ici qu'il convient d'appliquer la distinction que nous avons établie. Il y a d'abord le capital engagé dans l'achat de la terre, et celui-là il est naturel qu'il rapporte peu ; *la modicité du revenu est expliquée par la solidité du placement*. Vient ensuite la portion du capital engagé dans l'exploitation proprement dite ; cette partie, il faut bien qu'elle produise à peu près autant que l'argent placé dans les autres industries ; autrement il n'y aurait pas de raison pour exercer l'industrie agricole. Ce capital d'exploitation étant, dans beaucoup de cas, minime relativement au capital d'achat, il arrive que les propriétaires cultivant eux-mêmes des terres d'un prix élevé, n'en retirent pas un revenu sensiblement plus fort que lorsqu'ils les afferment. *Il ne résulte pas de là que le capital d'exploitation ne donne pas un produit raisonnable*. Aussi, en admettant qu'une terre de 500,000 fr. exige pour son exploitation une mise de fonds de 50,000 fr., on pourra en l'affermant obtenir une rente de 15,000 fr.; en l'exploitant, on en retirera peut-être 19,000 fr. Dans le premier cas l'intérêt est de 3 pour 100 ; dans le second cas, 3 quatre dixièmes pour 100. La différence est bien faible, cependant il n'en résulte pas moins que le capital du fermier rapporte 8 pour 100. La spéculation agricole qui n'a pas pour objet l'acquisition de la terre, mais bien son exploitation, peut donc, selon nous, emprunter et emprunte en effet aux mêmes conditions que la plupart des autres industries. Et si, comme on le prétend, on trouvait un système financier qui donnât à la propriété foncière la faculté

Digitized by Google

de se procurer des capitaux à bon marché, remboursables à longs termes, les profits de l'agriculture augmenteraient naturellement, et avec les profits, le progrès. »

Deux conséquences essentielles dérivent de cette opinion remarquable : la première, c'est que l'*exploitation rurale* peut devenir la base d'un *crédit agricole,* très-profitable aux fermiers, bien que le taux de l'intérêt soit au niveau de celui usité dans les opérations commerciales.

La seconde, que si le *crédit foncier* proprement dit, le crédit du propriétaire sert non pas à solder le prix d'acquisition, mais à exécuter des *améliorations foncières*, il pourra faire face à un loyer du capital, supérieur au taux de la rente du sol.

Enfin, dans la position *mixte* dans laquelle se trouvent de plus en plus les propriétaires qui exploitent directement, et qui restent devoir une portion du prix d'achat, il devient essentiel de restituer à la terre le crédit *normal* dont des embarras de procédure et des difficultés d'organisation l'ont privée jusqu'ici.

Dans cette même enquête du Conseil d'Etat, M. Mauny de Mornay a très-ingénieusement expliqué l'avantage que rencontrent les propriétaires à s'arrondir par l'acquisition de parcelles contiguës. Les frais généraux restant les mêmes, le produit brut s'accroît proportionnellement, sans nécessiter d'autre dépense que quelques heures de plus de travail. Or, les petits propriétaires surtout profitent des moments libres que leur laisse l'exercice d'autres industries, pour les employer à la culture de leurs terres, qui leur assurent toujours de l'ouvrage, et qui deviennent une sorte de *caisse d'épargne*, d'un travail qui risquerait sans cela de s'évaporer faute de moyen de condensation.

Cette épargne permet à beaucoup de cultivateurs d'éteindre par portions le prix de leur acquisition, faite même à un prix élevé. Ils payent ce prix par *annuités*, bien que leurs obligations ne soient pas souscrites sous cette forme ; ils stipulent ordinairement, dans beaucoup de localités, le droit de se libérer par portions, et d'anticiper les termes du payement. Ainsi, l'acquittement des dettes, voilà le placement ordinaire des épar-

Digitized by Google

gnes du cultivateur. Dans le Midi, on appelle cela *payer pension*. Quand des cultivateurs ne doivent plus rien, ils empruntent, achètent une propriété, et payent pension au prêteur ou au vendeur.

N'est-ce point la forme rudimentaire de l'institution de crédit foncier, et cette révélation spontanée des besoins des petits cultivateurs ne fournit-elle point à la fois et la preuve de la nécessité de cette institution, et une réponse à ceux qui veulent voir dans le morcellement du sol, un obstacle à une création pareille?

Les paroles de M. Boussingault, aussi bien que celles de M. Mauny de Mornay, concourent à fixer un point essentiel, la nécessité du remboursement échelonné, à longue échéance, qui forme le type distinctif du crédit territorial. L'impossibilité d'une libération à court terme est évidente ici. En outre, la division même du sol impose la nécessité d'une organisation qui élève les rapports privés entre le propriétaire et le prêteur à la hauteur d'une institution publique.

Les institutions de crédit foncier, qui existent en Pologne et en Allemagne, répondent à cette nécessité; au moyen d'une combinaison aussi simple qu'ingénieuse, elles permettent de concilier les besoins de la propriété et les exigences des capitaux, en vérifiant la solidité du gage, en assurant le service régulier des intérêts, et en ouvrant la voie d'une libération facile, par *annuités*, au moyen de l'amortissement.

Ce système permet les travaux d'amélioration foncière, et rend les expropriations fort rares; il élève le crédit privé de la propriété foncière, à la hauteur du crédit de l'Etat.

Les inscriptions de rente ont conquis une grande popularité, à cause de la commodité de ce placement : les acquéreurs recherchent le service régulier des arrérages et la facilité de la réalisation. L'Etat, qui s'engage vis-à-vis des prêteurs, fonctionne comme le représentant, et on pourrait dire, comme le gérant de la société. Dans le service des rentes, il est l'intermédiaire entre les créanciers et les obligés, c'est-à-dire les contri-

Digitized by Google

buables qui payent, sous forme d'impôts, les intérêts et l'amortissement des sommes empruntées.

Cette position ne peut-elle être occupée que par l'Etat? Nullement; le département, la commune, forment également un être moral, ils contractent des emprunts sur les mêmes bases. Ces emprunts spéciaux participent du caractère et du mécanisme du crédit public; c'est toujours un pouvoir central qui perçoit d'une main des sommes, qu'il paye régulièrement de l'autre main. Les obligations ont, comme les rentes, une valeur authentique, cotée publiquement. Les prêteurs n'ont pas à s'inquiéter des garanties individuelles offertes par tel ou tel contribuable : ils ont affaire à un intermédiaire officiel, qui est leur débiteur. Les titres ont une valeur uniforme, indépendante des circonstances qui altèrent et modifient la valeur des titres privés.

Ne peut-on pas concevoir quelque chose d'analogue pour le crédit territorial? Les propriétaires d'une contrée ou d'un pays ne peuvent-ils pas se réunir en une association, en un corps d'état, pour offrir aux prêteurs une garantie commune, au lieu des garanties individuelles, morcelées qui, seules, leur sont acquises maintenant? Aujourd'hui, le prêteur sur hypothèque est forcé d'étudier avec soin la situation de l'emprunteur auquel il confie ses capitaux, d'examiner la qualité naturelle et légale des fonds engagés. Trop heureux si l'examen le plus attentif, le plus minutieux, lui donnait une certitude complète, et s'il ne courait pas le risque de voir son gage détruit par l'exercice de droits qu'il n'a pu connaître!

En agissant, au contraire, avec une association de propriétaires, chargée d'exercer un contrôle préalable, et organisée de manière à offrir une sûreté incontestable, les prêteurs sur hypothèque se trouveraient dans la même position que les créanciers de l'Etat. Pas plus que ces derniers, ils n'auraient à s'inquiéter de la situation de chaque contribuable, pris isolément; les *obligations* auraient une valeur uniforme; elles se transmettraient comme les titres de rente.

Digitized by Google

Il importe cependant de ne pas laisser de côté le caractère propre des capitaux qui se portent sur les titres hypothécaires. Ce ne sont pas des capitaux de spéculation, mais des capitaux de placement, qui visent à la sécurité bien plus qu'au bénéfice. Ils se contenteront d'un loyer réduit, quand la prime du risque couru pour la solidité du prêt et pour la rentrée régulière des intérêts, se trouvera effacée ; mais il leur faut aussi une plus grande fixité, dans le taux de la réalisation, que celle qui appartient aux rentes sur l'Etat.

Le remboursement successif *au pair* des obligations, soumises à un tirage périodique et intégralement soldées, au moyen de l'amortissement servi par le propriétaire débiteur en même temps que l'intérêt, répond à cette nécessité. En y ajoutant l'attrait des *primes*, comme cela s'est pratiqué pour divers emprunts municipaux (Paris, Marseille, etc.), on arrive à maintenir les cours aux environs du pair, on prévient des soubresauts violents, et des écarts considérables, qui donneraient prise à l'agiotage.

Nous venons de décrire sommairement le caractère et les résultats des institutions de crédit territorial qui fonctionnent en Allemagne et en Pologne, et qui ont servi de modèle aux propositions faites ailleurs. Ces institutions sont nées en Silésie, à la suite de la guerre de Sept Ans, alors que les propriétaires obérés ne pouvaient plus faire face à leurs engagements. Frédéric le Grand accueillit et sanctionna le plan du négociant Buhring, qui proposa la formation d'une association de crédit territorial, par la réunion solidaire de tous les propriétaires silésiens. Les capitalistes cessèrent de s'inquiéter de la position plus ou moins embarrassée de tel ou tel propriétaire ; ils prêtèrent à la *société*, qui s'engagea à leur servir exactement les intérêts et à rembourser le capital. Les inconvénients attachés au crédit morcelé s'évanouirent, et la confiance revint. Telle est l'origine de l'institution des lettres de gage (*Pfand-Briefe*). Elle a été successivement développée et perfectionnée depuis cette époque.

Ce n'était pas assez, pour fonder le crédit foncier, d'abaisser

Digitized by Google

le taux de l'intérêt ; il fallait encore faciliter au propriétaire le remboursement du capital. On y a pourvu en ajoutant à l'intérêt un certain supplément destiné à l'amortissement de la créance.

Plus on prolonge la durée de l'amortissement, plus le chiffre de ce supplément d'intérêt diminue ; la juste proportion dépend ici des circonstances locales. En Pologne, on a admis 2 p. 100 d'amortissement, ajoutés à 4 p. 100 d'intérêt ; la créance se trouve ainsi éteinte en vingt-huit années. Dans le duché de Posen, l'on s'est contenté de 1 p. 100 d'intérêt, le remboursement s'opère en quarante-un ans.

A côté de cet amortissement *forcé*, le propriétaire peut exercer un amortissement facultatif par l'achat de titres d'*obligations*, qu'il restitue à la société, en remboursant ainsi la portion correspondante de sa dette, non encore amortie. Il peut donc accélérer sa libération à volonté, par le remboursement facultatif de tout ou partie de la créance, au moyen de la remise d'une quotité équivalente d'obligations territoriales.

L'inscription d'une rente sur l'Etat permet de toucher le revenu à échéance fixe, sans poursuites dispendieuses, sans mécomptes périlleux. Le *transfert* se fait facilement, la *réalisation* est toujours possible ; enfin on rencontre toujours ainsi un placement qui cadre exactement avec la somme dont on peut disposer.

Aucun de ces avantages ne se présente dans le prêt hypothécaire : on ne trouve presque jamais l'emploi intégral de son capital, l'emprunteur demande trop ou trop peu, et l'offre du prêteur ne concorde pas avec le crédit ouvert sur l'immeuble. En outre, les intérêts sont-ils exactement servis ? Le contraire arrive souvent, et alors quel embarras pour le capitaliste, qui comptait sur la rentrée de cette somme, qui l'avait destinée à un emploi urgent ! Quand le débiteur ne rembourse pas, il faut se jeter dans des procès, dans des poursuites en expropriation, dans des frais qui souvent font passer entre les mains des huissiers et des avoués le plus net de la créance. Enfin un transfert coûteux,

Digitized by Google

difficile, empêche la circulation du titre, et ajoute aux inconvénients du placement hypothécaire.

On a cru remédier à ce dernier inconvénient en proposant de créer des obligations hypothécaires transmissibles par voie d'endossement. Remède impuissant en présence des obstacles que nous venons de signaler, et qui écarteraient les acquéreurs. En outre, une assimilation avec la lettre de change serait impossible, car personne ne consentirait à assumer la responsabilité solidaire d'un *endosseur*, pour une obligation à l'échéance de plusieurs années. La lettre de change augmente de solidité à mesure qu'elle circule, *vires acquirit eundo*, car elle multiplie le nombre des obligés. Jamais on ne pourrait appliquer ces recours successifs à l'obligation hypothécaire, assise sur le sol, et d'autant plus suspecte qu'elle s'éloignerait davantage de son origine.

L'expérience l'a démontré ; pour réussir, il faut modifier la base sur laquelle repose l'organisation du crédit territorial, en faisant un heureux emprunt au mécanisme éprouvé du grand-livre de la dette publique.

Il faut créer un *intermédiaire* solide entre les propriétaires et les capitalistes, en généralisant les garanties individuelles, en les marquant du sceau d'un contrôle préalable accepté par tous comme le type d'une sécurité complète. Cet *intermédiaire* devra se porter garant de la valeur du gage, et détruire les fâcheux effets d'une législation hypothécaire vicieuse ; il devra assurer le service régulier des intérêts, et centraliser les forces de l'amortissement, de manière à offrir à la fois au propriétaire l'avantage d'un remboursement échelonné par fractions minimes, et au prêteur la faculté d'une réalisation, toujours possible, à de bonnes conditions.

Cet intermédiaire peut être, ou l'Etat, ou une association de propriétaires, ou une compagnie d'actionnaires.

Nous rencontrons ces types divers dans les établissements qui se trouvent créés en Allemagne, en Pologne et en Belgique. Le plus grand nombre de ceux-ci reposent sur le principe de l'association des propriétaires ; tels sont :

Digitized by Google

1° Les associations de crédit foncier établies dans les diverses provinces de la Prusse (nous suivons l'ordre chronologique), c'est-à-dire en Silésie, dans la Marche électorale et nouvelle Marche (de Brandebourg), la Poméranie, la Prusse occidentale, la Prusse orientale, le grand-duché de Posen ;

2° Les établissements de crédit du royaume de Hanovre, qui sont : l'institution du crédit hypothécaire de Hambourg, établie à Zelle ; les établissements de crédit foncier pour les principautés de Calenberg, Grubenhagen et Hildesheim ; ceux institués pour le duché de Brême et la principauté de Verden, établis à Stade ; ceux institués pour la principauté de la Frise orientale ;

3° En Autriche, l'institut de crédit de la Gallicie ;

4° L'association de crédit du Wurtemberg ;

5° En Saxe, l'association des pays héréditaires du royaume de Saxe et la banque hypothécaire des Etats provinciaux de la haute Lusace ;

6° L'association de crédit foncier du Mecklembourg ;

7° La caisse de crédit de Hambourg ;

8° A Brême, une institution de crédit garantissant l'émission pour les propriétaires des bons hypothécaires ;

9° En Danemarck, la loi du 20 juin 1850 vient d'autoriser les établissements de crédit foncier basés sur la société des emprunteurs ;

10° En Russie, l'association du crédit-système dans les provinces baltiques (Livonie, Esthonie, Courlande), et la banque des payans dans les mêmes provinces ;

11° La société du crédit territorial du royaume de Pologne.

Tous les établissements que nous venons de mentionner opèrent sous la haute surveillance, et quelques-uns avec le concours de l'Etat.

Parmi les établissements fondés et régis par les compagnies financières, ayant en vue un intérêt de spéculation, nous pouvons citer :

1° La banque hypothécaire de Bavière, qui réunit aux prêts sur hypothèque des opérations d'escompte et d'assurance ;

Digitized by Google

2° L'établissement de rentes (Renten-Anstalt), de Hesse-Darmstadt, faisant des prêts hypothécaires ;

3° La caisse de crédit du duché de Nassau ;

4° Les banques communales du Wurtemberg ;

5° Les banques hypothécaires de Berne et de Bâle-Campagne ;

6° La caisse des propriétaires et la caisse hypothécaire de Belgique.

Enfin les institutions fondées et dirigées par l'Etat sont celles :

1° De Hesse-Cassel. La caisse de crédit territorial (Landes-Credit-Casse) a été instituée principalement dans le but d'aider au rachat des dîmes, servitudes et autres redevances féodales ; elle fait aussi des prêts hypothécaires, même à la petite propriété;

2° L'institution du crédit territorial de Hanovre ;

3° Différentes caisses fondées en Westphalie, dans le but de faciliter le rachat des charges foncières ;

4° Une caisse instituée dans le duché de Bade, avec un but analogue ;

5° La caisse de crédit fondée en 1786, pour le Danemarck ;

6° La banque d'emprunt de l'empire de Russie;

7° Les Chambres viennent d'adopter en Belgique le projet de banque foncière ; elles ont décidé la fondation d'une caisse centrale, unique, régie par l'Etat. Tout l'agencement de cette grande machine financière se trouve confié à une administration distincte, mais régie par l'Etat lui-même.

Cette question du mode d'intervention de l'Etat dans les établissements de crédit foncier est celle qui a soulevé les plus vives discussions.

Il faut distinguer entre un sacrifice pécuniaire fait aux dépens de tous les contribuables en faveur d'une certaine catégorie de propriétaires, et la simple application d'un mécanisme financier, sans aucune contribution de la part du Trésor.

Nous partageons pleinement les vues de M. Passy quand il condamne toute disposition qui tendrait à troubler le cours naturel des choses, en appelant l'Etat à concourir aux prêts consentis à la propriété foncière.

Digitized by Google

Mais nous pourrions peut-être nous appuyer sur l'opinion du savant économiste que nous venons de nommer, quand il ne s'agit que d'une question d'*administration*.

M. Passy reconnaît que des raisons nombreuses se réunissent pour que les propriétaires puissent emprunter à *des conditions particulièrement bonnes*. Le gage qu'ils offrent est d'une valeur tellement réelle, que tout prêteur bien avisé a intérêt à se contenter d'une rétribution qui, dans toute autre espèce de placement, ne suffirait pas pour couvrir ses risques. D'un autre côté, dit M. Passy, comme il est aisé de centraliser les créances territoriales, de les diviser en petits coupons portant intérêt, et de les mettre dans la circulation, il est certain que ces créances, exemptes de chances de dépréciation, réalisables au moyen d'un transfert au jour du besoin, seraient accueillies avec faveur, et se placeraient à un intérêt plus modique que les valeurs mobilières d'une autre origine, auxquelles elles feraient concurrence.

Du moment où la propriété foncière peut mettre à profit les avantages résultant des garanties spéciales qu'elle présente, il n'est que juste de lui permettre d'user du bénéfice de sa situation ; l'Etat ne peut-il pas l'aider à le faire, alors qu'il n'interviendrait que pour centraliser les opérations, et sans compromettre aucune portion de la fortune publique ? Ne peut-il pas recevoir les intérêts de la dette hypothécaire, comme il perçoit l'impôt, et servir les arrérages des *lettres de gages* ou *obligations*, comme il *sert les arrérages de la rente ?* Telle a toujours été notre opinion personnelle, et nous y persistons sans dissimuler qu'elle n'est point partagée par la plupart des économistes. Pourtant un des hommes qui ont laissé un nom glorieux dans la science, M. Rossi, ne s'est pas montré éloigné de notre idée, en rendant compte du Mémoire que nous avons soumis à l'Académie des sciences morales et politiques.

« C'est une grave question, a-t-il dit, que de savoir si ce vaste système de crédit agricole, au lieu d'être abandonné à l'intérêt particulier, ne devrait pas être placé sous la main ou du moins sous la haute direction du gouvernement. C'est ici que le système

Digitized by Google

d'association et de centralisation, imaginé par M. Wolowski, et qui est si fort en harmonie avec le système politique de la France, s'applique à merveille. » Et il ajoute : « L'auteur du Mémoire, tout en profitant des données fournies par l'expérience, a également tenu compte du fait immense de notre centralisation administrative, appliquée à la perception des impôts. Ce fait permet de donner un cachet tout particulier de force et de grandeur aux institutions étrangères acclimatées en France. »

Mais, hâtons-nous de dire que l'intervention directe de l'Etat en cette matière n'est pas indispensable ; il peut se borner à une haute surveillance, en laissant fonctionner, soit le principe de l'*assurance mutuelle* entre les propriétaires associés, soit le principe de l'*assurance à prime fixe,* payée à une agrégation de capitalistes, chargés des risques de l'entreprise.

La *solidarité des débiteurs* est l'âme des institutions de la Pologne et de la plupart de celles de l'Allemagne. Dans quelques Etats, elle se trouve remplacée par la formation d'un *fonds commun,* au moyen d'une contribution perçue sur les propriétaires-associés, ou au moyen d'une prolongation de la durée des redevances, jusqu'à l'extinction complète de la dette de la société.

Ce ne sont là, d'ailleurs, que des différences secondaires ; l'idée-mère de l'institution, le levier qui la fait fonctionner, c'est toujours la création d'un *intermédiaire* solide, prévoyant, inspirant pleine confiance, entre le propriétaire et le capitaliste ; d'un intermédiaire qui contrôle sévèrement la valeur du gage offert, qui perçoive et qui serve régulièrement les arrérages, et qui rembourse les obligations aux époques déterminées.

Le crédit de la propriété, la transformation d'une dette à échéance fixe et rapprochée, en une dette moins onéreuse et remboursable par la voie de l'amortissement, telle est la pensée principale des institutions de cette nature. Il nous importe d'ajouter que l'émission des obligations de crédit territorial peut ne pas être causée par un emprunt, et ne point exiger de négociation immédiate. Ce régime facilite singulièrement la liquidation

Digitized by Google

des droits successifs, en empêchant le morcellement de l'héritage. Il permet aussi à des pères de famille prévoyants de constituer à leur profit une sorte de caisse d'épargne territoriale, qui assure l'avenir de leurs enfants en aidant, au moyen d'un versement annuel peu considérable, à la formation d'un capital disponible.

Nous devons nous borner à indiquer rapidement ces divers aspects de la grande question du crédit foncier. Rappelons cependant une observation essentielle par M. Royer :

« Il n'y aurait pas (dit-il dans son intéressant rapport sur les institutions de crédit foncier de l'Allemagne) de concurrence possible dans la production des matières premières, entre un Etat dont le sol serait grevé de dettes hypothécaires considérables, absorbant le crédit des propriétaires et toute la partie de leur revenu qu'ils pourraient consacrer à des améliorations foncières, et un autre Etat perpétuellement libre de ses dettes, jouissant d'un crédit foncier florissant, et s'en servant pour exécuter chaque année de nouvelles améliorations capitales. Le revenu perpétuel et considérable de ces améliorations, en augmentant l'aisance de toutes les classes de la population, donnerait aux arts le plus puissant encouragement, et faciliterait le recouvrement et l'augmentation des impôts, de manière à favoriser les entreprises les plus gigantesques de la part de l'État, qui profiterait exclusivement de si grands avantages. »

M. Royer a signalé ainsi à la France l'écueil qu'elle devait éviter ; le crédit foncier permet à l'Allemagne d'employer, dans le cours d'un siècle, sur le sol, plus que le capital qu'il représente, en remboursant ce capital sans effort. Pouvons-nous renoncer plus longtemps à parcourir la même carrière ?

Ce n'est point de la périlleuse chimère de la *mobilisation du sol* qu'il s'agit ; tout au contraire, une bonne organisation du crédit foncier rend la propriété plus stable, en même temps qu'elle permet de l'améliorer [1] ; cette organisation repose tout entière

[1] Voyez p. 44 et suivantes de notre ouvrage sur l'*Organisation du crédit foncier*.

Digitized by Google

sur la transformation du contrat hypothécaire en un titre au moins aussi solide et plus dégagé dans son allure, facilement négociable et marqué au coin d'une valeur notoire.

L'institution de crédit territorial n'est, en réalité, que l'étude du notaire élevée à une plus haute puissance, sans rien perdre de la garantie d'un contrôle sérieux et efficace ; au titre privé, personnel, isolé, se substitue un titre généralisé, muni d'un caractère public, accepté par la confiance des capitalistes. Le propriétaire échappe ainsi à la sujétion des relations locales ; au lieu de céder à des exigences excessives, il est mis en rapport avec la masse disponible des capitaux du pays tout entier.

Les institutions de crédit foncier, ainsi conçues, ne sont pas des *banques ;* elles ne prêtent nullement de l'argent et n'émettent aucune monnaie de papier. Aussi avons-nous soigneusement évité d'employer une dénomination qui aurait pu conduire à une appréciation inexacte du système de ces établissements. Ils régularisent simplement le crédit dont chaque propriétaire peut faire usage sur première hypothèque, et jusqu'à concurrence de la moitié de la valeur de l'immeuble ; pour y arriver, ces établissements délivrent au propriétaire, après examen préalable, des *reconnaissances* de ce crédit éprouvé, contrôlé, et lui facilitent une libération successive, au moyen d'une annuité, sans l'exposer à la menace d'un remboursement intégral, à échéance fixe et rapprochée.

Pour que ce rôle actif de l'institution de crédit territorial s'accomplisse sans obstacle, pour que rien ne puisse faire révoquer en doute la solidité des *contrats mobilisés* qu'elle couvre d'une garantie matérielle et morale, il est indispensable qu'elle arrive à dresser avec une exactitude mathématique le bilan de chaque immeuble. Cette condition tient à l'amélioration du régime hypothécaire, ou au moins à la faculté ouverte, aux établissements spéciaux, de faire apparaître tous les droits qui peuvent grever l'immeuble.

Il nous reste à examiner les principales objections dirigées contre l'établissement d'institutions de crédit foncier en France.

Digitized by Google

La première de toutes, celle qu'on entend le plus faire valoir, c'est le danger de faciliter les prêts à la propriété foncière. Dans ce cas, il faudrait être logique et fermer le registre des hypothèques; la vérité est que, sans se trouver trop surchargée en masse, la terre doit beaucoup en France et paye de très-gros intérêts, en étant sans cesse sous le coup de l'expropriation forcée. Est-ce un tort que de vouloir l'affranchir de cet impôt et de ce danger, tout en lui ouvrant l'accès plus facile du crédit?

Dans son excellent rapport à l'Assemblée législative, M. Chégaray a tracé un tableau fidèle de la situation actuelle. Rappelons-en les traits principaux.

M. le ministre de l'agriculture et du commerce, dans l'exposé des motifs de son projet de loi, avait évalué au taux exorbitant de 9 à 10 pour 100 du capital emprunté, la charge annuelle que supporte, en France, le propriétaire emprunteur sur hypothèque. Cette évaluation doit être considérée comme excessive, si on la considère comme une moyenne. Il faut néanmoins reconnaître que les réponses faites, en 1845, par soixante et un Conseils généraux aux questions posées à cet égard par le gouvernement, autorisaient, et au delà, un si affligeant aveu du triste état du crédit immobilier en France. De ces soixante et un Conseils généraux, en effet, cinquante-sept ont déclaré que toujours les propriétaires d'immeubles payent au delà de 5 p. 100 pour les emprunts sur hypothèque. Dix-sept Conseils généraux ont évalué à 6 ou 7 pour 100, frais compris, le taux de l'intérêt habituellement supporté; douze l'ont évalué à 7, 8, 9 et 10 p. 100; quelques-uns parlent de 12, de 15, de 20, et même de 22 p. 100, lorsque les prêts sont à de courts termes et pour de petites sommes. Quoique ces graves déclarations ne soient pas généralement appuyées sur des faits précis, il est impossible de n'y pas attacher une sérieuse importance.

Dans l'enquête ouverte par le Conseil d'État, M. de la Chaume, notaire à Paris, évalue le taux de l'intérêt des prêts sur hypothèque, à Paris, à 6 pour 100, outre les frais. M. de Mornay, inspecteur général de l'agriculture, indique 7 pour 100 comme

Digitized by Google

moyenne générale. M. Benoist d'Azy, l'un des vice-présidents de l'Assemblée législative, parle de 6 à 7 pour 100, et de 8 à 10 pour 100, frais compris, comme taux moyen, dans les meilleurs temps et les conditions les plus favorables. M. Silvy, directeur de la caisse hypothécaire, affirme que, dans certains départements très-voisins de Paris, on emprunte sur hypothèque à 9 pour 100. Quelques hommes d'affaires, entendus par le Conseil d'État, déclarent d'un autre côté qu'à Paris, du moins, on emprunte couramment sur hypothèque à 5 pour 100, et même quelquefois au-dessous de ce taux ; ils assurent que ce loyer du capital n'est accru que dans une proportion assez faible par les frais, qui se répartiraient, disaient-ils, sur cinq ans, durée moyenne des prêts, et quelquefois sur une période de temps beaucoup plus longue.

De ces déclarations diverses, il est permis d'induire qu'à Paris et dans quelques grandes villes, pour les prêts hypothécaires d'une certaine importance et d'une certaine durée, il est possible de trouver à emprunter sur hypothèque à 5 pour 100, mais que partout ailleurs ce taux est habituellement dépassé de 1 et de 2 pour 100, même dans les conditions les plus favorables; et il faut bien se résigner à reconnaître encore que dans bien des lieux et bien des circonstances l'intérêt s'élève au double et même au triple de l'*intérêt légal*, nouvelle preuve de l'impuissance des lois contre l'*usure*.

Il est à observer : 1° que l'exagération de l'intérêt porte principalement sur les prêts d'une faible importance ; 2° que si le plus grand nombre des opérations porte sur de faibles capitaux, la somme des prêts d'une certaine importance l'emporte néanmoins sur la somme des petits prêts, en telle sorte que le nombre des prêts de moins de 400 fr. est égal à la moitié du nombre total des prêts, tandis que la somme des capitaux auxquels ils se rapportent n'est égale qu'au treizième de la somme des capitaux prêtés ; en telle sorte, encore, que le nombre des prêts hypothécaires de moins de 1,000 fr. est égal aux trois quarts du nombre des opérations de prêt, tandis que la somme des capitaux

Digitized by Google

auxquels se rapporte cette catégorie de prêts hypothécaires n'est que le quart du montant général des capitaux prêtés hypothécairement. Il doit résulter de là une importante modification dans la moyenne du taux de l'intérêt telle qu'elle semble établie par les observations précédentes. Cette moyenne, très-défavorable, si l'on considère le nombre des opérations, doit l'être beaucoup moins, si l'on considère l'importance des sommes prêtées.

L'évaluation à 9 ou 10 pour 100 de la moyenne générale du taux de l'intérêt des prêts sur hypothèque en France est donc exagérée. Mais, d'un autre côté, en présence des déclarations des Conseils généraux, des aveux du gouvernement, et des graves témoignages recueillis dans l'enquête du Conseil d'État, il est impossible de ne pas reconnaître que le taux légal de 5 pour 100 est généralement dépassé, et difficile de porter à moins de 7 pour 100, frais compris, la moyenne du loyer des capitaux prêtés sur hypothèque.

Un autre élément, essentiel à connaître, c'est le mouvement de la dette foncière. Or, voici le nombre et le montant des prêts hypothécaires en 1841 :

	Nombre des prêts.	Montant des prêts.
Prêts hypothécaires de 400 fr. et au-dessous..	155,220	36,640,948
Prêts hypothécaires de 400 à 1,000 fr.....	89,803	62,421,267
Prêts hypothécaires au-dessus de 1,000 fr.....	84,553	302,513,625
Totaux.....	329,576	491,575,820

Le mouvement des prêts hypothécaires, pendant les neuf années de 1840 à 1848, a été comme il suit :

1840.....	519,278,160 fr.
1841.....	491,575,820
1842.....	509,555,000
1843.....	564,255,000
1844.....	572,276,700
1845.....	58,4553,000
1846.....	600,671,700
1847.....	630,545,840
1848.....	550,053,400
	5,021,764,620
Moyenne pour un an.....	557,973,847

Digitized by Google

Le montant des créances hypothécaires inscrites était de 11,233,265,778 fr. en 1832; il s'élevait en 1840 à 12,524,098,600. Mais beaucoup de créances figurent *pour mémoire;* il existe aussi nombre de doubles emplois et de dettes éventuelles. Toujours est-il qu'en réduisant le total aux deux tiers de la dette hypothécaire, dont l'inscription réelle a été constatée en 1840; et en supposant l'intérêt de 7 pour 100, nous demeurons au-dessous des évaluations du gouvernement, du plus grand nombre des Conseils généraux, et de la plupart des témoins entendus dans l'enquête ouverte par le Conseil d'Etat.

D'après ce qui précède, nous nous croyons en droit de dire que l'impôt et l'intérêt de la dette absorbent ensemble au moins la moitié du revenu des immeubles. Telle n'est pas, sans doute, la situation de tous les propriétaires, un grand nombre d'entre eux sont au-dessus et au niveau de leurs affaires. Mais un trop grand nombre se trouve, d'un autre côté, dans cette situation déplorable, de ne retirer de la propriété qu'un revenu apparent, qui ne fait que traverser leurs mains pour aller s'absorber dans le payement de l'impôt ou dans le payement des intérêts de la dette. Il est superflu de le dire, une telle situation mérite au plus haut degré d'exciter la sollicitude et les plus sérieuses préoccupations des pouvoirs publics.

« On s'est habitué en France, dit avec raison M. Chégaray, à considérer la division de la propriété et le grand nombre des propriétaires comme la plus ferme et la plus inébranlable des garanties sociales; mais n'est-il pas trop évident que des propriétaires obérés, sans cesse aux prises avec le besoin, hors d'état de faire régulièrement face à leurs obligations, constamment exposés à une dépossession légale, doivent être, plus que d'autres, accessibles aux théories subversives qui, déguisant la spoliation ou la banqueroute sous de menteuses apparences, leur promettent par le papier-monnaie, par le cours forcé, par l'absorption des dettes privées dans une monstrueuse dette publique, une libération facile mais déloyale, qui ne serait que le pré-

Digitized by Google

lude d'une perturbation inévitable et ruineuse de toutes les fortunes et de toutes les situations ! »

Cette considération mérite que l'on y revienne ; c'est le côté politique d'une question en apparence simplement économique, mais qui touche aux besoins les plus pressants de la société actuelle.

Qu'il nous suffise pour le moment d'avoir constaté que la propriété a toujours beaucoup emprunté, et qu'il s'agit non d'ouvrir pour elle un nouveau péril, mais de la préserver de celui qui la menace.

La constitution de la propriété foncière en France, la division considérable du sol, a servi aussi d'argument contre l'imitation des institutions de crédit qui fonctionnent au dehors.

Nous pourrions nous borner à citer les nombreux exemples d'établissements qui fonctionnent ailleurs au bénéfice de la petite propriété, et nous appuyer sur l'exemple récent de la Belgique, dont le sol est plus divisé encore que le nôtre. Nous ajouterons que la constitution démocratique de la propriété fournit un motif péremptoire en faveur d'une organisation à la fois hardie et prudente du crédit territorial.

Que se passe-t-il en effet ? Les recherches faites en Belgique comme en France s'accordent à le démontrer, c'est la petite propriété surtout qui souffre de l'absence du crédit et qui se trouve amenée à subir les charges les plus lourdes. Elle paye un intérêt plus élevé et supporte les frais dans une proportion beaucoup plus forte que la grande propriété. En laissant de côté pour le moment la grave question du mode de libération, nous avons constaté que les emprunts considérables se contractent à des conditions de loyer assez modérées, du moment où la garantie hypothécaire est solide ; mais il en est tout autrement pour les emprunts de plus faible importance : à mesure que la quantité des sommes prêtées diminue, le taux de l'intérêt augmente, et il ne saurait en être autrement, tant que le crédit foncier sera abandonné aux transactions privées, au lieu d'être élevé au rang d'une institution publique. Les soins de surveil-

Digitized by Google

lance et de poursuite sont les mêmes à peu près, quel que soit le montant de la créance ; aussi les prêteurs préfèrent-ils ne pas éparpiller leurs placements ; ils ne manquent pas de traduire en une aggravation du taux de l'intérêt l'accroissement relatif de soucis et de démarches qu'ils doivent subir.

Ce n'est pas tout ; les grands capitalistes désertent ce mode de placement, et la concurrence des capitaux offerts diminue. Trop souvent les petits propriétaires se trouvent livrés à des exigences avides, à des exactions usuraires, qui s'effaceraient du moment où un mécanisme ingénieux les mettrait librement en contact avec la masse des capitaux disponibles.

L'organisation du crédit foncier peut seule conduire à ce résultat désirable ; elle peut seule niveler, au profit de la moyenne et de la petite propriété, les conditions du prêt.

Les *associations du crédit territorial* ont été, a-t-on dit, créées dans l'intérêt exclusif des grandes propriétés, des *biens nobles*. Ce n'est pas une considération financière, mais une vue politique qui en avait exclu les biens *roturiers* et les possessions des paysans, c'est-à-dire la petite propriété. Mais ceux qui ont voulu s'appuyer sur ce précédent pour en inférer que la petite propriété ne se prête point à des combinaisons analogues, ont commis une étrange erreur.

M. le ministre des finances de la Belgique ne s'y est point mépris. Il a prouvé combien il était inexact de dire que l'exclusion de la petite propriété aurait été, dans l'esprit des fondateurs, une condition de succès pour l'institution dont il s'agit.

« Sans doute, ajoute-t-il, un prêt de 100 fr. sur un immeuble de 200 fr. ne possède, au point de vue de l'expropriation, aucune garantie réelle ; un prêt de 500 fr. sur un immeuble de 1,000 fr. ne possède pas la même garantie qu'un prêt de 10,000 fr. sur un immeuble de 20,000 fr. Mais en remplaçant l'expropriation forcée par une simple adjudication devant notaire, autorisée par jugement sur requête, comme l'aliénation des biens de mineurs, on peut certainement considérer un immeuble de mille francs comme donnant des sûretés suffisantes,

Digitized by Google

si le prêt est en rapport avec cette valeur et avec sa variation possible. »

Tel est le *minimum* de valeur auquel le gouvernement belge a cru devoir s'arrêter. Comme il s'agit d'organiser le crédit foncier, non dans un esprit d'exclusion et de privilége, mais au profit de tous ceux qui offrent un gage suffisant, le *minimum* de ce gage, dirons-nous avec M. Frère-Orbou, doit être uniquement mesuré à la nécessité absolue d'assurer le recouvrement des annuités.

Ce grand fait de la division des héritages impose des devoirs nouveaux sous le rapport du crédit; au lieu d'abandonner à leur isolement ces forces morcelées, il faut les réunir en un faisceau commun.

On a souvent blâmé la passion qui pousse nos populations à l'acquisition de parcelles de terre, on a craint que le crédit foncier ne servît à l'alimenter encore davantage; nous serions loin de nous en plaindre; l'amour avec lequel le paysan a épousé la terre présente la meilleure garantie de l'ordre social. Il paye déjà *pension*, comme nous l'avons constaté plus haut, pour se libérer du prix d'achat; cette *pension* deviendra moins lourde, et l'expropriation cessera de soulever des ferments de discorde.

En outre, les petites économies, détournées aujourd'hui du placement hypothécaire, par l'attrait d'autres institutions, reviendront au secours de la terre.

On prétend que les capitaux manqueront : il s'en trouve de considérables pour les placements hypothécaires incommodes et onéreux; il s'en offrira beaucoup plus en présence d'une bonne organisation de ce genre de crédit, surtout lorsque le fractionnement des titres fonciers permettra aux plus modestes économies de les aborder.

Aujourd'hui beaucoup de petits capitaux, qui ne veulent pas courir les chances des rentes sur l'Etat, sont privés de la faculté du placement hypothécaire, à cause des frais et des embarras du contrat, et de la difficulté de faire cadrer la quotité du capital demandé, avec la quotité du capital offert. Ils rechercheront

Digitized by Google

les *lettres de gage*, dont les coupures leur offriront un placement commode et assuré.

De cette manière, une partie des fonds qui alimentent la caisse d'épargne trouvera un emploi direct et profitable, et les éléments de sécurité sociale se multiplieront, car le détenteur de *chaque obligation territoriale* sera, comme le possesseur du sol lui-même, un défenseur-né du droit sacré de la propriété.

La création d'un grand-livre de la dette foncière, analogue au grand-livre de la dette publique, n'aurait pas seulement pour résultat de donner à chaque titre hypothécaire une valeur pour ainsi dire tangible, et de restituer aux capitaux, emprisonnés aujourd'hui dans les placements sur immeubles, la liberté de leurs allures; elle préserverait, nous ne pouvons trop le redire, la propriété du danger de l'expropriation, car elle lui permettrait de se libérer par fractions successives. Là se rencontre le point le plus essentiel : il faut transformer en *dette consolidée* la *dette flottante* qui met en péril la base la plus solide de la richesse publique. La terre ne saurait emprunter à courte échéance; elle ne restitue que lentement les avances qu'on lui confie ; elle demande donc, avant, tout une forme de crédit qui concilie, avec la sécurité et la commodité du capitaliste, la durée de l'opération.

Avant la Révolution, ce besoin, compris d'une manière instinctive avait, donné naissance à la *constitution de rente*. Le crédit foncier n'est pas autre chose que la *constitution de rente*, dotée de la facilité de circulation qui lui manquait sous cette forme rudimentaire, et accompagnée d'un moyen de libération qui cadre à merveille avec les exigences de la propriété foncière : nous voulons parler de l'amortissement obligatoire ou facultatif.

Ce point a été traité d'une manière fort remarquable, dans l'enquête du Conseil d'Etat, par un savant genevois, M. Cherbuliez, qui a fourni en même temps les renseignements les plus curieux sur les institutions analogues, écloses spontanément en Suisse depuis des siècles.

M. Cherbuliez croit que le crédit foncier a deux utilités très-

Digitized by Google

grandes : une utilité économique incontestable et une utilité politique.

Sous le rapport économique, il a été reconnu partout que l'agriculture ne pouvait pas emprunter aux mêmes conditions que le commerce ; on peut regarder cette vérité comme acquise à la discussion.

Non-seulement M. Cherbuliez admet la nécessité d'un placement à longue échéance, mais il va beaucoup plus loin. Il regarde comme un fait constant que la terre ne peut emprunter *qu'à fonds perdu* ou avec amortissement, et qu'elle se ruine quand elle emprunte autrement.

En Suisse, il n'y a qu'un seul exemple d'une banque hypothécaire créée récemment; mais on y a pratiqué dès longtemps divers contrats extrêmement favorables à l'agriculture, et parfaitement appropriés à la nature et aux ressources de cette branche de production.

En particulier dans le canton de Berne et surtout dans le canton de Vaud (cela remonte au temps où le canton de Vaud était encore savoyard), il existe une institution devenue nationale : ce sont les *lettres de rente*. L'emprunteur qui souscrit ces lettres s'oblige au payement d'arrérages, *mais le capital n'est jamais exigible*. Cela est si bien entré dans les idées et les usages, que, dans le canton de Vaud, les cultivateurs n'imaginent pas qu'on puisse emprunter autrement des sommes un peu considérables, qu'en demeurant maître de ne jamais rembourser le capital. Ces lettres se créent par des actes notariés, elles se transmettent par une simple cession sous seing privé, qui constitue un véritable endossement. Elles sont extrêmement répandues ; elles forment une partie de la fortune des familles. C'est une institution tellement nationale, que, quand on a voulu toucher au système hypothécaire pour y introduire certains perfectionnements, on a été obligé de reculer devant ces *lettres de rentes*, auxquelles il eût fallu apporter quelques modifications, et que la faveur et le préjugé publics entouraient de la protection la plus inquiète et la plus jalouse. Cela a fourni une grande facilité aux paysans, et les

Digitized by Google

a rendus inaccessibles aux idées socialistes qui ont exercé quelque empire en France et dans d'autres parties de la Suisse, mais qui se sont brisées contre les habitudes du canton de Vaud. Tous les hommes qui affichent des idées de ce genre y sont immédiatement dépopularisés ; cela tient en grande partie à ce que le cultivateur se sent heureux et trouve facilement du crédit, sans être obligé de s'occuper du remboursement.

Le remboursement est cependant exigible dans certains cas : par exemple, si l'on reste trois ans sans payer l'intérêt ; alors le remboursement s'obtient par un moyen assez facile. Il consiste à rentrer dans la propriété, au moyen d'une hypothèque spéciale, sans passer par toutes les lenteurs de l'expropriation. On appelle cela *le droit d'otage*.

Dans le canton de Vaud, un bien *otagé* est un bien donné par une hypothèque spéciale au créancier, qui acquiert ainsi le droit de le saisir et d'entrer en possession par une simple ordonnance du juge. C'est alors au débiteur d'exercer, s'il le veut, ce qu'on appelle la *réemption*, en désintéressant le créancier otagiste.

Ce moyen de procédure, pratiqué sous différents noms dans plusieurs parties de la Suisse, donne une grande sécurité aux créanciers ; il explique en grande partie comment le crédit foncier a pu prendre en Suisse beaucoup d'extension, sans une institution spéciale semblable à celles de l'Allemagne, et avec des systèmes hypothécaires essentiellement vicieux.

A ces curieux renseignements, M. Cherbuliez a ajouté des considérations d'une grande valeur. Outre l'intérêt économique, il croit qu'il y a en France un très-grand intérêt politique à ce que la propriété foncière soit dégrevée autant que possible. Citons ses paroles :

« J'ai souvent entendu dire que les attaques à la propriété n'avaient aucune chance de réussir en France, à cause du grand nombre de propriétaires.

« Comment la propriété pourrait-elle cesser d'être respectée et défendue dans un pays qui compte 5 millions, et peut-être

Digitized by Google

7 millions de propriétaires? Cette opinion, que M. Rossi notamment a plusieurs fois exprimée, me paraît très-juste s'il s'agit d'une propriété libre, réelle ; mais je ne crois pas que ce motif de confiance soit bien fondé à l'égard de la propriété obérée.

« Je n'ai pas beaucoup d'expérience de ce qui se passe en France ; cependant j'ai vécu dans le département de la Loire, dont une partie est agricole. On avait souvent dit que l'arrondissement de Montbrison n'était pas accessible aux doctrines socialistes, parce que la propriété y était très-divisée; cela ne s'est pas trouvé juste : Saint-Etienne a beaucoup pesé dans la balance ; mais néanmoins ce sont en grande partie les paysans de l'arrondissement de Montbrison qui ont fait les mauvaises élections de ce département. Or, je me suis assuré, par des informations prises auprès du conservateur des hypothèques, que la plupart des biens y sont grevés de plus de la moitié de leur valeur. L'idée de la *gratuité du prêt* avait fait beaucoup de chemin chez ces gens-là. Cette campagne du socialisme fut très-adroitement conduite. On disait que les capitalistes prélevaient un impôt inique en se faisant payer, chaque année, une redevance pour un capital que le cultivateur serait obligé de rembourser un jour.

« Le cultivateur français est dans une position différente de celle du cultivateur allemand ou suisse. A la vérité, celui-ci paye un intérêt, mais il sait bien que c'est parce que ses aïeux ont emprunté pour faire des améliorations, par exemple pour planter des vignes dont aujourd'hui il recueille les fruits : il sait aussi qu'on ne le contraindra pas, sauf dans certaines hypothèses exceptionnelles, à rembourser le capital, et par conséquent la doctrine socialiste ne lui est pas applicable. Mais le propriétaire français, grevé d'intérêts considérables, est encore sous le coup du remboursement. Eh bien! ce fait, habilement présenté par des hommes habitués à manier l'erreur, a fait beaucoup de mal.

« Je crois donc qu'il y aurait un immense intérêt politique à dégrever, dans un espace de temps quelconque, la petite propriété foncière en France ; il en résulterait précisément que la garantie

Digitized by Google

que donne au maintien de l'ordre social la division des propriétés deviendrait complète. Il est certain qu'en Suisse c'est la division des propriétés qui a empêché nos sociétés de tomber plus bas qu'elles ne sont tombées.

« En vérité, je ne connais rien dans les cantons de Vaud, d'Argovie et quelques autres, qui puisse empêcher les attaques à la propriété, si elles étaient dans l'intérêt du plus grand nombre ; car on y a détruit, chez la masse qui forme ce plus grand nombre, toutes les barrières morales auxquelles jusqu'ici l'ordre social avait paru devoir sa conservation et sa solidité. »

Ces paroles méritent d'être méditées. Elles justifient pleinement ce que nous disions au sujet de l'intérêt plus pressant, qu dérive pour les établissements de crédit foncier, du morcellement de la propriété.

On s'est inquiété d'une concurrence qui serait créée à la Banque de France par de nouvelles valeurs de circulation. Le gouverneur de ce grand établissement, bien qu'opposé à l'institution du crédit foncier, a reconnu qu'il s'agissait là de *titres de placement* analogues aux *rentes constituées*, usitées avant la Révolution. Ce sont des valeurs qui s'ajouteront à toutes celles qui existent sur la place. Depuis trente ans les valeurs négociables se sont accrues d'une manière prodigieuse : actions d'entreprises industrielles, de chemins de fer, négociation de nouvelles rentes, etc. *C'est une conséquence* du développement *de la prospérité générale*, et il n'y a de mal que lorsque les valeurs créées et négociées sont mauvaises.

En laissant de côté les objections secondaires, nous terminerons par une considération dernière.

D'après le système que nous avons essayé d'exposer, l'heureuse interposition de la société de crédit entre le propriétaire emprunteur et le capitaliste prêteur améliore la condition faite à chacun d'eux.

Le propriétaire voit, par suite des garanties offertes, le taux de l'intérêt diminuer ; il est mis en rapport, non plus avec tel ou tel prêteur isolé, qui lui fait la loi, mais avec le vaste marché des capitaux ; il échappe donc à toute exaction. Au lieu d'être

Digitized by Google

contraint de garder chaque année, d'une manière stérile, ou de confier à un dépôt périlleux les réserves destinées à reconstituer le capital et à faire face au remboursement, à l'échéance de l'obligation, il amortit chaque année, insensiblement, une portion de sa dette, et profite de l'action intensive de l'intérêt composé, qui opère à son avantage et hâte le moment d'une libération complète. En outre, il conserve la faculté d'une libération anticipée, partielle ou totale, suivant l'étendue des ressources acquises. Contribuable volontaire de la société de crédit, il s'habitue à la ponctualité dans l'acquittement de l'impôt qu'il verse dans cette caisse centrale.

Le créancier, de son côté, ne connaît que cette caisse, qui lui a délivré, au lieu d'un contrat hypothécaire d'une réalisation difficile et onéreuse, une véritable inscription de rente territoriale, dotée d'un intérêt servi régulièrement, et assurée d'un remboursement au pair, avec la chance de primes considérables. Cette valeur nouvelle réunit donc tous les avantages disséminés aujourd'hui entre les divers genres de placement offerts aux capitaux.

Notre conviction est profonde : il est peu de créanciers hypothécaires qui ne consentiraient à subir une réduction sur l'intérêt de leurs titres, pour obtenir en échange des *obligations de crédit territorial.*

Les institutions de crédit foncier arriveraient donc, au moyen de la subrogation consentie par les créanciers hypothécaires inscrits en ordre utile, à *convertir* la plus grande partie de la dette territoriale actuelle, en une dette sous forme nouvelle, moins onéreuse à la propriété et mettant obstacle à la série funeste des expropriations, dont les immeubles se trouvent menacés.

L'intérêt de l'avenir est dans la possibilité de procurer au sol des capitaux à très-long terme, qui seuls ont la faculté de créer des améliorations foncières, et de régénérer la production agricole ; nous n'avons rien à ajouter aux décisives démonstrations de M. Royer, sur ce point essentiel.

L'intérêt du présent est dans une facilité ouverte à la conver-

Digitized by Google

sion immédiate de la dette hypothécaire actuelle, trop lourde pour le propriétaire, trop embarrassante pour le créancier lui-même, en une dette nouvelle à la fois plus solide et plus libre dans ses mouvements.

De quelque manière qu'on l'envisage, le *crédit foncier*, du moment où il se trouve dégagé d'utopies irréalisables, et posé sur le terrain de la pratique, du moment où on ne l'accouple point avec la périlleuse chimère du papier-monnaie, mérite une étude sérieuse, et promet d'utiles résultats.

Telle a été la conviction de la Commission de trente membres à laquelle l'Assemblée législative avait renvoyé l'examen des propositions relatives à l'organisation du crédit territorial en France.

L. Wolowski.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LA JURISPRUDENCE CRIMINELLE.

I.

Attentat à la pudeur. — Age. — Violence.

L'article 331 du Code pénal est ainsi conçu : « Tout attentat « à la pudeur, consommé ou tenté *sans violence* sur la personne « d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe *âgé de moins de onze* « *ans*, sera puni de la réclusion. » Avant la loi de réforme du 28 avril 1832, le Code ne réprimait l'attentat à la pudeur que lorsqu'il était accompagné de violence, quel que fût l'âge de la victime ; de sorte que l'attentat commis sur un enfant incapable de discernement, et par conséquent de résistance à la séduction, devait rester impuni. Il y avait là une lacune que la nouvelle rédaction de l'article 331 a eu pour objet de combler. La loi, présumant que jusqu'à onze ans l'enfant ne peut consentir avec connaissance, a voulu que tout attentat à la pudeur consommé ou tenté sur sa personne constituât un crime. Cette explication indique parfaitement le sens de ces mots *sans violence* de l'article 331 ; ils se réfèrent à l'état antérieur de la législation et signalent une corrélation entre l'ancienne et la nouvelle disposition ; mais en réalité ils sont inutiles par cela même qu'ils sont négatifs. C'est donc avec raison que la Cour de cassation, par un arrêt du 29 novembre 1850, rendu au rapport de M. Isambert, a décidé que la suppression par le président d'une Cour d'assises, dans la question soumise au jury, de ces expressions *sans*

Digitized by Google

violence, n'altérait point la qualification légale et ne nuisait en rien à la défense de l'accusé[1].

Nous n'aurions rien dit de cet arrêt s'il ne renfermait dans ses motifs une proposition contraire à un autre arrêt de la même Cour, en date du 12 janvier 1843.

Cette matière est fort abstraite de sa nature, et pour exposer clairement la difficulté, nous devons entrer dans quelques développements.

Un président d'assises avait ainsi posé deux questions au jury : FAIT PRINCIPAL. *Pierre Huard est-il coupable d'avoir commis un attentat à la pudeur sur la personne de Françoise-Victoire Bouillé, âgée de moins de onze ans?* — CIRCONSTANCE. *L'attentat commis par Pierre Huard sur la personne de la fille Bouillé, a-t-il été consommé avec violence?* La Cour a cassé (12 janvier 1843). « Attendu que le président de la Cour d'assises, considérant à « tort la violence, qui était un caractère constitutif du délit, « comme une circonstance aggravante, a induit le jury en er- « reur sur le mode de sa réponse. »

D'un autre côté, l'arrêt précité du 29 novembre 1850 renferme le motif suivant : « Attendu que lorsqu'il s'agit d'un attentat à la « pudeur sur des enfants au-dessous de l'âge de onze ans, la « circonstance de la violence n'est point constitutive de ce crime, « et n'en pourrait être qu'une circonstance aggravante. »

La contradiction est manifeste.

Avant les décrets des 6 mars et 18 octobre 1848 sur le jury (décrets qui n'existeront peut-être plus au moment de la publication de ces observations), la question présentait un intérêt très-grave. En effet, la Cour d'assises pouvant alors renvoyer l'affaire à la session suivante lorsque l'accusé n'était déclaré coupable sur le *fait principal* qu'à la simple majorité, il impor-

[1] Le *Journal du droit criminel*, recueil fort utile et rédigé en général avec beaucoup de soin, donne une notice inexacte de cet arrêt (1851, n° 5026). La Cour de cassation n'a pas jugé, comme il l'énonce, que la circonstance de violence, relevée dans l'arrêt de renvoi, peut être écartée par le président d'assises.

Digitized by Google

tait singulièrement de savoir au juste quel était le fait principal, et de ne pas le confondre avec les circonstances aggravantes. Cet intérêt peut se représenter, et la difficulté mérite d'être examinée; sa solution a d'ailleurs une certaine importance actuelle, au point de vue de la régularité des questions.

Nous l'avons déjà dit, avant la loi du 28 avril 1832, il n'existait point d'attentat à la pudeur sans violence : à cette époque la violence était donc constitutive du fait principal et ne pouvait jamais être considérée comme une circonstance aggravante. Cette disposition se retrouve, mais modifiée par une exception, dans le paragraphe 3 du nouvel article 332 du Code pénal. Aux termes de cet article, l'attentat à la pudeur avec violence est un crime que vient aggraver l'âge de la victime, s'il est commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis. C'est donc avec raison, ce semble, que l'arrêt du 12 janvier 1843 a jugé que la violence, lorsqu'elle est retenue par l'arrêt de renvoi, est un caractère constitutif du délit, tandis que l'âge, s'il est au-dessous de quinze ans, ne peut être qu'une circonstance aggravante.

L'exception au paragraphe 3 de l'article 332 a été introduite par l'article 331. Cet article punit l'attentat à la pudeur *sans violence* lorsqu'il est commis sur un enfant âgé de *moins de onze ans*. Dans ce cas, l'attentat ne pouvant exister sur une personne âgée de onze ans ou plus, il est évident que l'âge est un élément caractéristique du crime : en ce point, l'arrêt du 29 novembre 1850 est donc dans le vrai. Mais il cesse d'être à l'abri de la critique quand il ajoute, que lorsque l'attentat se complique de violence, cette violence ne peut être qu'une circonstance aggravante. Dans cette hypothèse, le fait rentre tout naturellement dans les prévisions de l'article 332, et l'âge n'est plus qu'un élément d'aggravation. Il est utile d'ailleurs qu'il en soit ainsi, et voici pourquoi. Lorsque l'âge est constitutif, l'article 331 n'atteint le coupable que lorsque sa victime a *moins de onze ans*; tandis que lorsque l'âge est circonstanciel, il suffit, pour la répression, qu'elle soit *au-dessous de quinze ans*. Ainsi, en se repor-

Digitized by Google

tant aux questions qui ont amené l'arrêt de cassation de 1843, on voit que l'impunité aurait été acquise à l'auteur de l'attentat si la victime eût été âgée de onze ans accomplis, car, en ce cas, le devoir du jury eût été de résoudre négativement la première question. Au contraire, l'âge étant posé comme circonstance aggravante suivant l'article 332, et en ces termes : — *Au moment de l'attentat, la fille Bouillé était-elle âgée de* MOINS DE QUINZE ANS ACCOMPLIS ? — le coupable n'eût point échappé au châtiment. Mais c'est là, il faut le reconnaître, un pur accident de textes tout à fait en dehors des principes.

Cependant, dans le sens de l'arrêt du 29 novembre 1850, on peut se demander pourquoi la violence, au cas de l'article 331, ne serait pas circonstancielle, puisque l'âge est incontestablement constitutif, et en quoi les principes de la matière seraient essentiellement blessés s'il en était ainsi. Admettre le contraire, ce serait donner ouverture à un inconvénient très-grave ; supposons, en effet, qu'un arrêt ait renvoyé un individu devant la Cour d'assises, sous l'accusation d'avoir commis un *attentat à la pudeur* (sans violence) *sur la personne d'un enfant de moins de onze ans*. Les débats révèlent que ce crime a eu lieu *avec violence :* si la violence est nécessairement constitutive, il sera donc interdit au président d'en faire l'objet d'une question spéciale, selon le vœu de l'article 338 du Code d'instruction criminelle ? Ou bien faudra-t-il que, dénaturant l'accusation, il décompose le fait principal pour y faire entrer la violence comme caractère intrinsèque, après en avoir extrait l'élément de l'âge devenu par l'événement fortuit du débat purement circonstanciel ? Cela n'est pas possible. La violence, qui élève la peine d'un degré, restera donc un fait patent qu'il ne sera pas permis de relever juridiquement ? Que la Cour de cassation veille à ce que les questions ne renferment rien de complexe ; qu'elle tienne la main à ce que les faits réellement constitutifs ne soient pas confondus avec les faits circontanciels : rien de mieux. Mais les meilleurs principes s'usent par l'exagération. Il s'agit ici d'un cas exceptionnel, et s'il donne naissance à quelques embarras, la faute en est au légis-

Digitized by Google

lateur qui n'a pas ordonné avec assez de sagacité les dispositions corrélatives des articles 331 et 332. La vérité, encore une fois, est que dans l'attentat de l'article 331 l'âge est constitutif, tandis que c'est le contraire dans l'attentat de l'article 332; mais comme le fait est le même dans l'un et l'autre cas, que la peine est la même, que les questions sont également simples et sans équivoque, qu'importent les distinctions irritantes et contradictoires de la Cour de cassation?

Ces objections ne sont pas sans valeur, et quel que soit le parti pris entre les deux décisions divergentes, il restera des inconvénients difficiles à éviter. Toutefois nous optons pour l'arrêt du 12 janvier 1843; et lorsque le fait de violence résulte de l'acte d'accusation, nous conseillerons au président d'assises de le considérer comme constitutif du crime, en ayant soin de demander au jury si l'enfant était au-dessous de l'âge de *quinze ans* accomplis, bien que l'arrêt, faisant de l'âge un élément constitutif du fait principal, n'ait énoncé que l'âge de moins de *onze ans*.

Quant au point de savoir si la violence peut être posée comme circonstance aggravante résultant des débats, dans l'hypothèse de l'attentat prévu par l'art. 331, le raisonnement, peu d'accord peut-être avec la raison *dans l'état actuel de la législation sur le jury*, conduit à le résoudre négativement.

Cette dernière difficulté met sur la voie d'une difficulté analogue qui peut naître du renversement de la même hypothèse.

Supposons que deux questions aient été posées en regard de l'article 332 : 1° attentat avec violence; 2° enfant âgé de moins de quinze ans. Les débats ont clairement démontré l'attentat, mais il en est résulté que la violence n'existait pas ou n'était pas suffisamment établie : dès lors il ne reste plus ni crime ni délit, puisque l'attentat *sans violence* n'est punissable que lorsqu'il a été commis sur un enfant de *moins de onze ans;* d'ailleurs le jury, qui ne peut voter que par *oui* ou par *non*, se trouve dans l'impossibilité de distinguer, et sa réponse à la première question, en repoussant le fait de la violence, implique le rejet du fait de l'attentat. Cependant non-seulement cet attentat existe,

Digitized by Google

mais il se trouve encore que l'enfant est âgé de moins de onze ans, de sorte qu'un individu coupable du crime prévu par l'article 331 va échapper à un châtiment encouru, par suite d'une rédaction qui pourtant ne renferme rien d'irrégulier. Les magistrats qui ont l'habitude de la Cour d'assises savent que cette difficulté se rencontre fréquemment, car rien n'est plus délicat à caractériser que le fait de violence en cette matière, surtout lorsqu'il s'agit d'attentat sur la personne d'enfants en très-bas âge. Le président d'assises fera disparaître cette difficulté en posant d'office une question subsidiaire, ainsi conçue : *Si l'accusé n'est pas coupable du crime ci-dessus qualifié, est-il coupable d'avoir commis un attentat à la pudeur, consommé ou tenté* sans violence, *sur la personne de N., enfant âgé de moins de onze ans?*

Faisons remarquer que dans ce cas il est utile d'exprimer les mots *sans violence* de l'article 331, pour bien mettre en saillie la différence existant entre les deux faits principaux.

Cet expédient est à l'abri de toute censure, car le fait, objet de la question posée par le président, n'est évidemment qu'une modification du fait retenu par l'arrêt de renvoi.

II.

Vol. — Effraction extérieure.

La Cour d'Angers (Chambre d'accusation) a jugé, par arrêt du 16 mai 1851, que l'effraction faite par un voleur, dans le but de s'ouvrir un passage pour fuir, sur une porte de dehors de la maison dans laquelle le vol a été commis, constitue la circonstance aggravante d'*effraction extérieure* dans le sens de l'article 395 du Code pénal.

Cette décision a pour elle l'opinion de Merlin, qui est combattue par MM. Hélie et Chauveau, dans leur *Théorie du Code pénal.*

Consultons d'abord le texte de la loi.

L'article 393 qualifie effraction : « Tout forcement, rupture...

Digitized by Google

« de portes... de tous ustensiles ou instruments *servant à fer-* « *mer ou à empêcher le passage, et de toute espèce de clôture quelle* « *qu'elle soit.* » Voilà la définition générale : il faut reconnaître que dans ses termes elle n'est pas contraire à l'arrêt. Mais poursuivons. « Les effractions, porte l'article 394, sont extérieures « ou intérieures. » Comme l'arrêt ne voit dans l'espèce qu'une effraction extérieure, il est inutile de s'occuper de l'effraction intérieure. Suivant l'article 395, « les effractions extérieures « sont celles *à l'aide desquelles on peut s'introduire* dans les mai- « sons, cours, basses-cours, enclos ou dépendances, ou dans les « appartements ou logements particuliers. » Ici le texte devient précis : les effractions extérieures sont celles à l'aide desquelles on peut s'introduire dans les maisons ; comment se fait-il donc que l'arrêt ait rangé dans la même classe l'effraction *à l'aide de laquelle* le voleur a pu *sortir de la maison?* Voici son raisonnement. L'article 395 n'exige pas que l'effraction ait servi à l'introduction de l'auteur du vol ; il se borne à indiquer que cette espèce d'effraction existe toutes les fois qu'il en résulte la possibilité de s'introduire. Or, en fait, la porte n'a été forcée que pour sortir, mais ce forcement a eu également pour résultat de laisser une ouverture *à l'aide de laquelle* ON *pouvait s'introduire :* donc la violation de clôture, dont la loi a voulu faire une circonstance aggravante, existe.

A cette argumentation si subtile, qui repose tout entière sur l'équivoque du pronom indéfini ON (on *peut s'introduire*), et qui a pour conséquence de rendre pire la condition d'un inculpé, nous répondrions d'abord avec Ulpien : *Semper in obscuris quod minimum est sequimur.* Mais est-il bien vrai que l'article 395 puisse se prêter à cette singulière interprétation? Ne résulte-t-il pas, au contraire, de son contexte que l'effraction extérieure n'est qu'un acte préparatoire, qu'un moyen d'exécution qui doit précéder le crime? Et si cet article laissait quelques doutes sur ce point, ces doutes ne disparaîtraient-ils pas devant les termes des articles 381, n° 4, et 384, qui punissent le vol commis *à l'aide* d'effraction extérieure? Mais l'arrêt a prévu l'objection, et voici

Digitized by Google

comment il la combat : « La soustraction frauduleuse ne consiste « pas seulement à appréhender la chose d'autrui, mais encore « à la déplacer, à l'emporter pour la faire sortir de la possession « du propriétaire, afin de s'en assurer la détention ; en saisis- « sant l'objet qu'il voulait s'approprier, le prévenu n'a fait que « commencer le vol, lequel n'a été consommé que quand, par « le déplacement, cet objet a été complétement en son pouvoir ; « si Renard (c'est le nom du prévenu), nanti de deux draps, « était sorti par la voie ordinaire, il eût été inévitablement aperçu « et arrêté par le propriétaire ; il ne pouvait donc arriver à la « consommation du vol qu'en se frayant le passage qui a néces- « sité l'effraction ; cette effraction ayant dû suivre immédiate- « ment la soustraction frauduleuse des draps, doit être consi- « dérée comme un fait adhérent et constituer une circonstance « aggravante. »

Le principal défaut de cette série de propositions, c'est de réduire aux mesquines proportions d'une question d'espèce, ce qui ne doit et ne peut être qu'une question de principe. Sans doute, on peut imaginer quelques cas où l'effraction pour sortir sera pratiquée avant la consommation du vol ; mais on peut en prévoir (et dans la réalité ce sera le plus grand nombre) où cette effraction n'aura lieu qu'après la soustraction complétement exécutée. Qu'un malfaiteur, après avoir dérobé de l'argent dans une maison, force, pour s'évader, la porte d'un parc placée à cinq cents mètres de cette maison, que deviendra la théorie de l'arrêt ? il n'en restera rien.

Mais laissons les textes, et interrogeons l'esprit de la loi. En cherchant à se rendre compte de certaines circonstances déclarées aggravantes en matière de vol, on voit tout d'abord que le législateur a en quelque sorte mesuré l'audace du malfaiteur à la vigilance du propriétaire, et qu'il a réputé celui-là d'autant plus coupable, que celui-ci avait pris plus de précautions pour mettre sa chose à l'abri de toute atteinte. Pourquoi l'escalade aggrave-t-elle le vol ? parce que le propriétaire avait opposé à l'introduction du voleur l'obstacle d'une clôture. Pourquoi en

Digitized by Google

est-il de même de l'usage d'une fausse clef et de l'effraction intérieure? parce que le propriétaire devait compter sur la protection de sa serrure ou de son verrou. Escalade, usage de fausse clef, effraction intérieure, ce sont là autant de moyens différents de préparer un vol, et qui doivent nécessairement précéder la mainmise et l'enlèvement. Ces trois moyens, la loi les fait constamment marcher de compagnie avec l'effraction extérieure : pourquoi donc chercher dans ce dernier mode un caractère particulier, illogique, bizarre, que l'on reconnaît ne pas pouvoir être attribué aux autres circonstances analogues? La loi s'est inquiétée de savoir comment un voleur était entré dans une maison, non de savoir comment il en était sorti. Elle aggrave sa peine s'il s'est introduit par-dessus les murs, jamais s'il s'est sauvé par la fenêtre. Et cependant les motifs de l'arrêt d'Angers trouveraient ici leur application, comme au cas d'effraction extérieure : « Si Renard, nanti de deux draps, était sorti par la voie ordinaire, il eût été inévitablement aperçu et arrêté par le propriétaire, etc. » L'arrêt, il est vrai, reconnaît qu'il n'y a d'escalade aggravante que celle qui a lieu pour entrer; mais pourquoi le législateur aurait-il voulu ne pas apporter la même restriction à l'effraction extérieure? Nous ne voyons, nous, que des analogies entre ces deux sortes d'actes préalables; constamment la loi a eu en vue l'empêchement placé entre le voleur et la chose volée ; changer les termes de cette proposition, c'est enlever à l'aggravation toute sa raison d'être. La loi romaine ne parle nettement de l'effraction extérieure, comme moyen de commettre un vol, qu'une seule fois, et c'est dans le sens qui nous paraît le seul acceptable : *Sed enim divus Marcus effractorem equitem romanum, qui effracto perforatoque pariete pecuniam abstulerat, quinquennio abstinere jussit provinciâ Africâ, unde erat, et Urbe et Italiâ* (D. 47, *De effract.*, fragm. 1, § 2). Les travaux préparatoires de notre Code pénal ne nous apprennent rien qui puisse venir à l'appui de l'arrêt d'Angers. Au contraire, un passage de l'exposé des motifs repousse clairement son interprétation : « On s'est demandé sans cesse, disait

Digitized by Google

« M. Faure au Corps législatif, si l'effraction, pour être qualifiée « extérieure, devait nécessairement être faite à l'*entrée* de la « porte principale de la maison, ou si cette qualification appar- « tenait également à l'effraction *à l'aide de laquelle on* S'ÉTAIT « INTRODUIT dans les appartements ou logements particuliers. »

Reste, en faveur de l'arrêt de la Cour d'Angers, l'opinion de Merlin, non adoptée par la Cour de cassation. Cette opinion nous paraît un paradoxe qui n'a pas pas même pour lui cet adage si souvent cité en matière criminelle : *Odia restringenda.*

III.

Vol. — Chemin public.

Voici un autre arrêt qui ne donne pas moins de prise à la critique.

La Cour d'appel de Riom (Chambre d'accusation) a jugé, le 24 octobre 1851, que le vol commis sur un chemin public est un crime spécial et non un vol simple accompagné d'une circonstance aggravante ; que dès lors le fait de *chemin public* est constitutif d'une infraction *sui generis* de laquelle on ne saurait le détacher.

Dans notre ancienne législation, où les crimes et délits n'étaient ni déterminés rationnellement ni classés dans un ordre systématique, le vol dont il est ici question pouvait être considéré comme un crime spécial; mais dans notre Code pénal, qui a défini un vol simple, le chemin public n'est plus qu'une circonstance aggravante tirée de la nature du lieu, comme le sont les circonstances tirées de la *maison habitée* et de l'*édifice consacré à un culte.* L'article 383, cela est vrai, a été écrit sous l'empire des vieilles idées, et il est facile de voir que la Cour de Riom s'est laissé tromper par sa rédaction, qui semble retenir le chemin public comme constitutif du fait principal, en le plaçant en regard des circonstances aggravantes prévues dans l'article 381. Mais ce vice de rédaction se rencontre également dans l'ar-

Digitized by Google

ticle 382 relatif au vol commis à l'aide de violence : faudrait-il donc en conclure que ce dernier vol est aussi un crime *sui generis?* Non certainement. « La circonstance qui aggrave le vol, disait M. Faure au Corps législatif, est la violence, parce qu'alors le crime offre tout à la fois un attentat contre la personne et un attentat contre la propriété. » L'exposé des motifs n'est pas moins explicite en ce qui touche le chemin public.

La loi du 13 mai 1836, qui prescrit au jury de voter par scrutins distincts et successifs sur le fait principal et sur toutes les circonstances, a rendu un véritable service à l'étude du droit criminel : en excluant virtuellement toute question complexe, elle a mis les magistrats dans la nécessité d'aller au fond des choses et de déterminer avec précision tous les caractères de l'acte incriminé, pour arriver à distinguer les faits purement circonstanciels du fait élémentaire ou constitutif. Dans le cas qui nous occupe, ce procédé mène à une démonstration sans réplique. Si le vol dont il s'agit est un crime spécial, si le chemin public n'est point une circonstance aggravante, mais un élément substantiel, une seule question devra être soumise au jury, en ces termes : *N. est-il coupable d'avoir commis telle soustraction frauduleuse sur un chemin public?* Or, le vol est constant, avoué même ; mais les débats ont péremptoirement établi qu'il n'a pas été commis sur un chemin public : que fera le jury, dont la réponse ne peut se formuler que par deux monosyllabes, *oui* ou *non?* Rendra-t-il à la liberté un voleur convaincu, *confitentem reum*, ou déclarera-t-il coupable d'un crime très-grave celui qui n'a réellement encouru que la peine d'un délit? Evidemment le vol type, le vol simple, le vol délit prévu par l'article 410, devait donner lieu à une première question; et une seconde question devait avoir pour objet le fait extrinsèque de chemin public, qui élève le degré de la pénalité et qui n'est en réalité qu'une circonstance aggravante.

C'est en ce sens au surplus qu'a jugé un arrêt de la Cour de cassation, rendu au rapport de M. Rocher, le 28 novembre 1850.

GRELLET-DUMAZEAU,
Conseiller à la Cour de Riom.

Digitized by Google

REVUE DES RECUEILS ÉTRANGERS

CONSACRÉS A LA SCIENCE DU DROIT.

Journal critique de jurisprudence et de législation étrangères (*Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*); de MM. Mittermaïer, Mohl et Warnkœnig.

Vingt-troisième volume. Livraison II.—Compte-rendu par M. Warnkœnig de l'ouvrage de M. Schützenberger : *Les lois de l'ordre social*, Paris, Hingray, 1849-50. 2 vol. in-8°. Premier article (p. 157-202). De la peine capitale en Angleterre, par M. Marquardsen (p. 202-229) [1]. La distinction des biens en meubles et immeubles du Droit français, expliquée par ses origines germaniques, par M. Renaud (fin), (p. 229-247). Compte-rendu par M. Anschütz de l'ouvrage de M. Laferrière : *Histoire des principes, des institutions et des lois de la Révolution française depuis* 1789 à 1800. Paris, Cotillon, 1850-1851 (p. 247-255). Résultat des informations sur le système d'emprisonnement et le but de la pénalité dans l'Amérique du Nord, par M. Tellkampf (p. 256-279). De la loi nouvelle des Etats-Unis sur les preuves en justice, par M. Mittermaïer (p. 279-298).

A la différence du jury français, auquel la loi ne demande pas compte des moyens par lesquels il a formé sa conviction, et auquel aucun genre de preuve n'est prescrit, la loi faisant uniquement appel à sa conscience, le jury anglais, écossais et américain doit prendre en considération certaines règles en matière de preuve (*rules of evidence*). Phillips, Starkie, Taylor, Best [2] et Wills en Angleterre, Greenleaf et Livingston sur l'autre conti-

[1] Nous donnons le résumé de cet article plus loin, p. 109.

[2] *A treatise on the principles of evidence by W. M. Best, barrister at law.* Cet ouvrage vient de paraître en allemand, avec des additions explicatives sur la procédure anglaise, par M. Marquardsen, et une introduction sur la doctrine anglaise en matière de preuves, par M. Mittermaïer. Heidelberg, Mohr, 1851.

Digitized by Google

nent, ont rassemblé, dans de nombreux travaux, les règles qui doivent guider les jurés et les juges, et ce dernier a même entrepris de faire un code des preuves pour la Louisiane [1]. Les Etats-Unis de l'Amérique du Nord viennent de faire un semblable essai. Une Commission de jurisconsultes nommée à cet effet a élaboré un projet de loi sur les preuves, tant en matière civile que pénale, destiné à former la quatrième partie du Code de procédure civile et criminelle. La majorité, adoptant l'opinion de Bentham, est d'avis qu'un tel Code n'est complet qu'autant qu'il contient une théorie complète des preuves. Un seul membre, M. Graham, a été d'un avis contraire. Il veut bien admettre dans le Code de procédure les règles générales sur les preuves, y corriger même celles du droit commun, dont la pratique aurait démontré les inconvénients, mais là devrait se borner, selon lui, la tâche du législateur.

Malgré la sagacité avec laquelle ce premier essai de codifier une matière aussi épineuse a été tenté, malgré les louanges que lui a prodiguées un organe important de l'Angleterre juridique, le *Law-Review* de novembre 1850; nous pensons, avec M. Graham et avec M. Mittermaïer, qu'un code de preuves est une œuvre difficile, sinon impossible. En parcourant les dispositions formulées par les législateurs américains, on est forcé de reconnaître qu'un grand nombre contiennent des règles que le simple bon sens indique à tout individu, juge ou juré; que d'autres contiennent des dispositions sur la validité des jugements, les conditions des actes authentiques, et leur résultat à l'égard des tiers, qui ne doivent figurer que dans un code de procédure ou dans une loi sur le notariat [2]; que d'autres enfin établissent des règles générales suivies de nombreuses exceptions, qui prou-

[1] Dans le cinquième livre de son *System of a penal system prepared for the state of Lousiana*. New-Orleans, 1824.

[2] Les critiques étrangers ont souvent reproché au législateur français d'avoir traité de la preuve en matière civile dans le Code civil, et non pas dans celui de la procédure civile.

Digitized by Google

vent combien cette matière échappe à la possibilité d'une codification absolue. Les articles d'une semblable loi sont par conséquent ou superflus, ou ils ne sont pas à leur place, ou bien ils sont incomplets, et par cela même dangereux.

Bulletin bibliographique des principaux travaux juridiques en Italie (p. 298-310, et suite, p. 471-485 de la livraison suivante).

Nous y avons vu avec satisfaction que Milan et Venise se sont enrichis depuis peu de deux revues consacrées au droit et à la législation : le *Giornale per le scienze politico-legali,* paraissant à Milan, par livraisons mensuelles, depuis juin 1850, et le *Giornale di giurisprudenza pratica,* paraissant à Venise depuis 1847; ainsi que de deux journaux judiciaires, dont l'un, l'*Eco dei tribunali, giornale dei publici debattimenti,* se publie à Venise depuis le 4 août 1850, l'autre, la *Gazetta dei tribunali,* paraissant deux fois la semaine, à Milan.

Un excellent centre de réunion pour tous les travaux de l'étranger, se trouve dans les *Annali universali di statistica, economia publica, storia, viaggi,* Revue mensuelle publiée à Milan, et qui compte déjà une série de 26 volumes.

Si nous tournons nos regards vers le royaume sarde, nous y rencontrons également une grande impulsion scientifique depuis les dernières années. Indépendamment des gazettes des tribunaux publiées à Turin et à Gênes depuis 1848, la capitale possède une publication scientifique, la *Rivista italiana,* qui s'occupe de législation, mais aussi d'histoire, de philosophie, de philologie et d'antiquités.

Florence a déjà, depuis 1846, sa publication juridique : *La Temi, giornale di legislazione e di giurisprudenza.* Firenze, Panattoni; et Pise imprime les Annales de l'Université de cette ville. Le *Archivio storico,* qui a publié une série de travaux remarquables sur l'histoire du droit en Italie, voit également le jour en Toscane.

Les renseignements sur le royaume de Naples ne font mention d'aucune publication scientifique ; cependant la capitale

Digitized by Google

possède une espèce de Gazette des tribunaux (*La Gazetta dei tribunali*), qui donne les jugements et arrêts des tribunaux napolitains ; quelquefois aussi les questions intéressantes débattues devant les tribunaux français.

Dans la capitale des Etats du pape, qui possède depuis douze années le *Giornale del foro*, destiné à faire connaître les décisions de la *Rota romana* et des autres tribunaux, il se publie depuis 1850 une *Rivista di legislazione e di giurisprudenza* ; mais là, comme dans le royaume de Naples, l'essor scientifique est loin de ressembler au reste de l'Italie.

Les travaux récents de Sclopis, de Baudia Vesme, de Merkel, de Capei, sur l'histoire du droit en Italie, reçoivent une rapide mais très-honorable mention. Le dernier de ces auteurs a rendu un grand service à ses compatriotes, en publiant à leur usage et sous une forme réduite, le grand ouvrage de M. de Savigny : *Istoria del giure romano nel medio evo, del signor de Savigny, ridotta in compendio, Siena*, 1849, 345 p. in-8.

Livraison III. De la peine capitale en Angleterre (fin), par M. Marquardsen (p. 311-328).

L'honorable membre du Parlement, M. Ewart, s'est donné la belle tâche de préparer son pays à l'abolition de la peine de mort. Dans chaque session, il vient faire une motion à cet effet. Dans celle de 1848, sa proposition avait un intérêt d'actualité de plus, car le public venait d'assister, à Clonmel, à l'horrible spectacle d'un condamné luttant avec la rage du désespoir contre l'exécuteur, ce qui avait donné lieu parmi les spectateurs à une grande fermentation. Durant les débats parlementaires auxquels a donné lieu la proposition de M. Ewart, on a cité de part et d'autre l'opinion des juges des trois royaumes : ceux de l'Angleterre sont partagés ; ceux de l'Irlande émettent des doutes ; les juges de l'Ecosse seuls se prononcent d'une manière péremptoire pour le maintien de la peine capitale. Le cabinet, par l'organe de sir Charles Grey, demandait le rejet, qui a été pro-

Digitized by Google

noncé par 122 voix contre 66. Par conséquent, même majorité que lors du vote du 7 mars 1847[1].

Le 1er mai 1849, l'honorable membre du Parlement revint de nouveau avec sa proposition ; le même organe du gouvernement s'y opposa encore, mais se déclara prêt, si les adversaires de la peine capitale voulaient s'en contenter, à proposer un *bill* pour supprimer la publicité des exécutions, qui avait donné lieu à de fréquents scandales dans les dernières années. Le ton plus conciliant du ministère, ainsi que le résultat du vote, indiquèrent un progrès de la question vers sa solution. Il n'y eut plus que 75 votes contre la proposition ; 51 membres votèrent en sa faveur.

La conduite plus qu'indécente de la populace de Londres lors de l'exécution des époux Manning, le trafic des fenêtres et tréteaux, les crimes même qui ont été commis pendant l'exécution, avaient donné lieu à une nouvelle levée de boucliers contre les exécutions capitales. Tous les organes les plus renommés de la publicité, le *Times*, le *Morning-Chronicle*, le *Daily-News*, le *Law-Times*, le *Law-Review* furent remplis de protestations contre la prolongation de pareils scandales, et une lettre du célèbre romancier Charles Dickens parut dans le *Times*, elle fit une très-grande sensation.

Le 19 novembre de la même année, un *meeting* fut présidé par l'infatigable M. Eward ; mais si des voix éloquentes s'y élevèrent en faveur de l'abrogation de la peine de mort, on se prononça cependant contre le moyen terme des exécutions non publiques[2].

Dans la session de 1850, M. Ewart renouvela sa proposition, quoiqu'à une époque où les bancs du Parlement commencent à s'éclaircir. Le gouvernement déclara encore que la peine ca-

[1] Voir notre *Revue*, juin-juillet, p. 186.

[2] La non-publicité des exécutions capitales, dont Charles Dickens est un des principaux moteurs, vient d'être établie dans le nouveau projet du Code pénal prussien.

Digitized by Google

pitale était nécessaire à la conservation sociale, mais il n'eut plus que 46 voix pour lui; 40 membres votèrent pour l'abolition.

Ce qui est certain, c'est qu'il se passe aujourd'hui en Angleterre la même chose que chez nous, avant la réforme du Code pénal, en 1832 : l'aversion de la peine de mort grandit tellement parmi le public appelé à juger les criminels, que si le grand-jury ne modifie pas volontairement les chefs d'accusation, pour soustraire le coupable à la peine capitale, le jury définitif prononce un verdict de non-culpabilité, contre toute loi et contre toute évidence [1]. Ce fait mérite la plus grave attention des législateurs de la Grande-Bretagne.

Compte-rendu par M. Anschütz du *Livre de Justice et de plet*, publié par M. Rapetti (p. 329-339). Le tribunal fédéral Suisse et sa procédure, par M. Hillebrand (p. 339-353).

La composition, la compétence et la procédure du tribunal fédéral, mal ou point définies par les Constitutions antérieures, ont reçu une nouvelle organisation par la Charte fédérale de 1848 (art. 94—107). Plusieurs lois organiques ont depuis complété cette institution, notamment les lois des 5 juin 1849, 23 juillet 1849 et 28 novembre 1850, sur la procédure en matière civile et fiscale; l'instruction des questions pénales attend encore sa loi régulatrice. Quoique le tribunal fédéral helvétique ne puisse prétendre à l'importance des attributions de la Cour fédérale des Etats-Unis, ses organisateurs en ont cependant suivi les traces.

Le tribunal fédéral est composé de onze membres titulaires et d'autant de suppléants; il est nommé pour trois ans et au scrutin secret, et choisit lui-même dans son sein, pour une année, son président et son vice-président. Il ne se rassemble que pour l'expédition des affaires; ses membres ne reçoivent que des honoraires temporaires et n'ont pas de traitement an-

[1] « It is a bad thing to have verdicts continually given in the teeth of the law and the evidence », dit le juge Baron Alderson dans sa déclaration. Voir les déclarations des juges Perrin, Coltman, etc., *ibid.*, p. 312.

Digitized by Google

nuel. Dans les procès criminels le tribunal fédéral s'adjoint un jury.

De la loi française du 27 déc. 1850, sur l'usure, par M. Knapp (p. 354-370). Les débats sur la réforme hypothécaire en France, par M. Anchutz (p. 371-397). Des publications faites en France sur les enfants trouvés, par M. Mohl (p. 398-442). Droit commercial international, par M. Mittermaïer, compte rendu (442-454). Résultat des informations sur le système d'emprisonnement et le but de la pénalité dans l'Amérique du Nord, par M. Tellkampf (p. 455-470).

KOENIGSWARTER.

Digitized by Google

SÉPARATION DE BIENS.

Les dettes contractées par la femme séparée de biens pour les besoins et dans les limites d'une sage administration, et les condamnations prononcées contre elle à raison de ces dettes, peuvent-elles être poursuivies et exécutées, même sur ses immeubles, pendant comme après le mariage?

Cette question, dont l'intérêt pratique apparaît à tous les yeux, n'a cependant été examinée ou plutôt effleurée que par deux auteurs qui l'ont résolue en sens contraire. Jamais aucun arrêt ne paraît l'avoir décidée, du moins les recueils sont muets. Et cependant, comment s'expliquer qu'elle ne se soit pas présentée au milieu de ces myriades de difficultés que le courant des affaires soulève, spécialement en matière de séparation de biens? C'est que presque toujours une transaction l'aura arrêtée sur le seuil des tribunaux, et aura terminé sans bruit un différend où les chances de succès paraissaient trop égales. Ce n'est pas là une pure conjecture. Nous avons vu, en effet, la question portée devant la Cour de Bordeaux; mais un arrangement intervenu entre les parties vint clore le débat qui se présentait, en deux mots, dans les circonstances que voici :

Une femme, séparée de biens, avait, pour l'administration d'un domaine considérable dans le Médoc, contracté envers un fournisseur des dettes assez importantes.

Un jugement et un arrêt l'avaient condamnée à en payer le montant, après en avoir vérifié la sincérité; cependant elle n'en avait rien fait, et le créancier, à bout de patience, avait cru devoir saisir immobilièrement, au préjudice de sa débitrice, le domaine dont il vient d'être parlé.

Mais alors celle-ci avait imaginé de demander la nullité de la saisie, en se fondant sur ce que, par ses obligations contractées

Digitized by Google

sans l'autorisation de son mari, elle n'avait pu affecter en rien ses biens immeubles, qu'elle ne pouvait aliéner sans cette autorisation (Cod. civ., art. 1449).

Un jugement avait repoussé cette prétention, et c'est sur l'appel de ce jugement qu'on transigea.

La difficulté nettement posée, où sont les principes, où est la raison de décider?

« Quiconque, dit l'art. 2092 Code civ., s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur *tous ses biens mobiliers et immobiliers...* »

Voilà le principe résumé dans cette vieille maxime : *Qui s'oblige, oblige le sien.*

Ainsi, toutes les obligations susceptibles d'une appréciation pécuniaire, auxquelles une personne se trouve soumise, peuvent être poursuivies et exécutées sur son patrimoine par l'un des moyens édictés par la loi, saisie-exécution, saisie immobilière, saisie-brandon, etc., à une double condition seulement, savoir :

Que l'obligation soit légitime ;

Que les biens saisis soient aliénables.

Voyons la portée de ces principes, relativement aux engagements souscrits par la femme séparée de biens.

Il est depuis longtemps admis sans difficulté, en doctrine et en jurisprudence, qu'elle peut, sans l'autorisation de son mari, contracter des obligations valables pour l'administration de ses biens. Cette dérogation à l'art. 217 du Code civ. était commandée par le droit d'administrer son patrimoine, que confère à la femme séparée l'art. 1449 du même Code.

De pareilles obligations sont donc en tout semblables à celles que le mari lui-même aurait autorisées.

Quand la justice en a reconnu la légitimité et la parfaite sincérité, elles sont tout aussi puissantes qu'aucunes autres.

De là à leur exécution, même sur les immeubles de la femme, par voie de saisie immobilière, il n'y a qu'un pas.

Mais c'est ici qu'on nous arrête.

La femme, dit-on, ne peut aliéner ses immeubles sans l'au-

Digitized by Google

torisation de son mari; elle ne peut, par suite, les affecter d'une manière quelconque à l'exécution des engagements qu'elle a souscrits sans cette autorisation. Il n'est pas permis, en effet, de faire indirectement ce qu'on ne pourrait faire directement. Or, c'est toute aliénation, l'aliénation indirecte aussi bien que l'aliénation directe, qui est prohibée à la femme non autorisée, par les termes absolus de l'art. 1449 Code civ. Et, au surplus, ajoute-t-on, n'est-il pas évident que, permettre l'affectation des immeubles aux obligations de la femme séparée, c'est ouvrir la porte aux plus criants abus, à la fraude la plus aisée? Les prohibitions de la loi seront tournées, et on laissera saisir sur sa tête des biens qu'on n'eût pu vendre valablement. Voilà le danger.

Nous croyons n'avoir pas affaibli l'objection.

Voyons maintenant ce qu'elle vaut.

Et d'abord, on est frappé de l'origine même de cette argumentation ; elle vient en droite ligne du régime dotal. C'est par un raisonnement parfaitement identique que, partant de l'inaliénabilité du fonds dotal, consacrée par la loi, on est arrivé à l'inefficacité, sur ce même fonds, des obligations de la femme dotale, inefficacité dont la loi ne parle pas. Avec l'inaliénabilité, rien de plus logique; mais là où elle n'existe pas, là où il ne s'agit pas d'une question d'inaliénabilité de la chose, mais d'une question de capacité de la personne, n'est-il pas dangereux d'emprunter au régime dotal des arguments qui lui sont propres, et qui tiennent à la nature toute spéciale de ce régime? C'est ce que l'on va voir de suite.

En effet, il n'est pas vrai de dire d'une manière générale que celui qui ne peut aliéner directement, ne puisse engager ses biens par ses obligations.

C'est le principe contraire qu'il faut poser.

« L'incapacité d'aliéner, dit Zachariæ, t. IV, p. 121, dont le débiteur peut être frappé..., ne forme, en général, aucun obstacle à la saisie immobilière de ses biens. »

M. Tarrible, *Répert.*, v° *Saisie immobilière*, § 1, établit le

Digitized by Google

même principe : « Tous les biens d'un débiteur, dit-il, sont le « gage commun de ses créanciers ; ceux-ci sont en droit d'en « poursuivre l'expropriation, pour s'en faire distribuer le prix « à concurrence de ce qui leur est dû. Le créancier d'une suc- « cession vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire d'un « failli, ou de celui qui a fait cession misérable, n'a pas moins « de droit sur les immeubles de ses débiteurs qu'il n'en a sur « les immeubles d'un débiteur vivant et capable de toutes sortes « d'actes ; il peut donc poursuivre l'expropriation forcée de ces « immeubles, tout comme il le pourrait à l'égard d'un débiteur « ordinaire. La loi n'a pas admis d'exception... »

De ce que la femme n'eût pu aliéner directement ses immeubles, il ne faut donc pas en déduire nécessairement qu'elle n'a pu les affecter à ses obligations valables.

Les immeubles d'un mineur émancipé, qui, lui aussi, avec une étendue de pouvoirs moins grande que la femme séparée, ne peut non plus les aliéner seul, peuvent cependant bien être frappés de saisie, aux termes de l'art. 2206 Code civ., qui n'y met que la condition de la discussion préalable du mobilier, condition amoindrie par l'art. 2207, et même supprimée dans le nouveau projet de loi sur l'expropriation forcée.

Les immeubles des mineurs non émancipés et des interdits ne peuvent être aliénés que pour des causes déterminées, avec l'autorisation de la justice (Code civ., art. 457). Est-ce que si le tuteur est condamné au payement d'une dette valablement contractée, on ne pourra pas saisir les immeubles du mineur, de l'interdit ? L'art. 2206 répond affirmativement.

Il en est de même des biens dépendant d'une faillite, d'une succession bénéficiaire, d'une succession vacante, etc.

Donc, il n'est pas vrai de dire que l'interdiction d'aliéner emporte celle d'affecter ses immeubles à ses obligations.

C'est que l'affectation *générale* des biens du débiteur aux dettes qu'il a contractées est une suite nécessaire des obligations elles-mêmes, à la différence de l'affectation *spéciale ; sic* de

Digitized by Google

l'hypothèque conventionnelle, pour la constitution de laquelle il faut la capacité d'aliéner.

Les BIENS du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (Code civ., art. 2093).

Les BIENS, c'est-à-dire *tous les biens :* la loi ne distingue pas.

Elle ne distingue pas davantage d'après l'origine des créances. Elles produiront toutes les mêmes résultats sur les biens; elles trouvent toutes également leur sanction dans les voies d'exécution ouvertes par la loi.

Et d'abord, toutes les obligations valables, consacrées par jugement, peuvent produire l'hypothèque judiciaire, c'est-à-dire une affectation des biens (Code civ., art. 2123).

Où est le texte qui dise que les engagements de la femme séparée, dans les limites ci-dessus indiquées, et les condamnations prononcées contre elle à raison de ces engagements, ne pourront produire le résultat ordinaire et légal de toutes obligations, de toutes condamnations?

C'est le cas d'appliquer la maxime : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Au surplus, permettre l'affectation des biens immeubles aux obligations de la femme séparée, ce n'est pas autoriser une aliénation indirecte, c'est-à-dire une aliénation dans le but de faire fraude à la loi.

La fraude est toujours hors le droit commun. Les juges ont précisément mission de la découvrir et de la réprimer.

Si la femme séparée de biens est poursuivie pour des engagements fictifs et simulés, afin d'arriver indirectement à l'aliénation de ses immeubles, le mari est toujours en situation de dénoncer les manœuvres frauduleuses. Appelé nécessairement dans l'instance pour l'autorisation de sa femme, il dépend de lui d'arrêter une condamnation imminente, en contestant, preuves en main, la légitimité des créances. S'il soupçonne une intention d'éluder la prohibition de la loi, il devra soumettre ses moyens à la justice, qui sera toujours empressée à sauvegarder les intérêts lésés.

Digitized by Google

Mais si le mari n'a rien à opposer à la réclamation du créancier; si, bien au contraire, il en reconnaît la légitimité et la sincérité, ce serait la femme qui, elle, a pu valablement s'engager, qui voudrait plus tard invoquer une sorte d'inaliénabilité de ses immeubles à l'endroit de telle ou telle créance! Ce n'est pas admissible.

Autre chose est enfin la vente volontaire, autre chose la vente nécessaire, forcée.

L'art. 1449 Code civ. ne parle que de la vente volontaire; il est muet relativement à la vente forcée.

Le créancier antérieur au mariage, le créancier d'une succession acceptée par la femme, ne pourraient-ils pas faire saisir ses biens, ses biens qu'elle ne pourrait vendre pour les payer?

Sans nul doute. En effet, l'obligation antérieure au mariage aurait nécessairement engagé tous les biens. L'acceptation de la succession pendant le mariage, autorisée par le mari, aurait nécessairement engagé aussi tous les biens. Et cependant, nonobstant l'engagement des biens dans ces deux cas, la femme ne pourrait vendre ses immeubles volontairement, mais ils pourraient être vendus par vente nécessaire.

D'où vient donc la légitimité de la vente nécessaire? Elle vient de la légitimité de la créance elle-même. Or, pour le cas qui nous occupe, l'obligation que la femme séparée contracte pour l'administration de ses biens, est tout aussi valable, sans l'autorisation de son mari, que si cette autorisation y était intervenue.

Arrivons aux autorités.

M. Duranton, t. XIV, p. 562, dit que les engagements contractés par la femme séparée pour l'administration de ses biens, quoique sans autorisation, sont valables, comme s'ils étaient faits *par une femme veuve*.

Il ajoute, t. II, p. 449, que l'exécution de ces engagements peut être poursuivie, *même sur les immeubles pendant le mariage*, et il cite l'art. 2092 Code civ.

Zachariæ, t. III, p. 482, n° 2, s'exprime au contraire de la

Digitized by Google

manière suivante : « La femme ne peut, sans autorisation, con-
« tracter des dettes par voie d'emprunt, d'achat ou autrement,
« si ce n'est pour les besoins et dans les limites d'une sage ad-
« ministration. Encore les dettes qu'elle a contractées pour cet
« objet et dans ces limites n'affectent pas ses immeubles, et ne
« sont, même après la dissolution du mariage, susceptibles
« d'être poursuivies *que sur son mobilier et les revenus de ses im-*
« *meubles.* »

Les savants annotateurs de Zachariæ ajoutent en note que c'est par argument de l'alinéa 3 de l'art. 1449 que l'on doit décider ainsi : « Une personne incapable d'aliéner certains biens, disent-ils, l'est par cela même de les engager », et ils invoquent l'art. 2124. On a vu précédemment ce qu'est cet argument, qui est fondé sur une pure équivoque, et la confusion de l'aliénation forcée avec l'aliénation volontaire. Que l'on ne puisse hypothéquer conventionnellement ce que l'on ne peut vendre, soit ; mais que l'on ne puisse saisir des biens que le saisi n'eût pu aliéner de son plein gré : c'est autre chose, nous croyons l'avoir démontré.

MM. Aubry et Rau critiquent ensuite l'opinion émise par M. Duranton, et basée sur l'art. 2092. Cet argument, d'après eux, « n'est au fond qu'une pétition de principe, puisque cet
« article suppose un engagement qui frappe tout le patrimoine
« du débiteur, et qu'il s'agit précisément de savoir si la femme
« séparée de biens est capable de contracter un pareil engage-
« ment. »

Mais l'art. 2092 ne *suppose* rien, il pose, au contraire, un principe général que reproduit l'art. 2093 : « Les BIENS du débi-
« teur sont le gage commun de ses créanciers. » C'est à vous, qui écartez le principe général, à justifier votre exception. Or, les raisons que vous invoquez étant démontrées insuffisantes, on reste nécessairement sous l'empire de la règle.

Il n'y a donc aucun sophisme à prendre pour point de départ l'art. 2092.

Digitized by Google

Il y a au contraire erreur de raisonnement, à y introduire une distinction que rien ne justifie.

Sans doute *specialia generalibus derogant;* mais, pour établir la dérogation, il ne faut pas, en bonne logique, commencer par restreindre arbitrairement la règle. Cette restriction doit résulter de la dérogation une fois établie : elle en est la suite, la conséquence ; elle ne peut la précéder pour le seul besoin du raisonnement.

Voilà pour les auteurs. On s'étonnera peut-être que nous n'ayons pas encore cité M. Troplong ; c'est que l'illustre premier Président de Paris ne nous paraît pas avoir, non-seulement résolu, mais même entrevu la difficulté. Sous l'art. 1449, la question qu'il a savamment traitée est celle aujourd'hui hors de controverse, qui est de savoir si la femme séparée peut disposer de son mobilier autrement que pour les besoins de l'administration de ses biens. Quant à l'effet des dettes contractées par la femme séparée dans les limites de cette administration, il n'en parle pas. Il pose seulement ceci (n° 1431) : « La séparation fait passer à la femme le pouvoir d'administrer, mais non celui d'aliéner », formule qui ne saurait même être acceptée dans sa généralité.

Il est vrai que lorsque M. Troplong s'occupe du droit analogue accordé à la femme dotale d'administrer ses paraphernaux, il dit (n° 3692) : « Elle ne peut pas aliéner sans l'autorisation du mari, et, par aliénation, on entend ici les aliénations indirectes résultant d'emprunts, engagements, obligations. Pour tout cela, l'autorisation du mari est nécessaire. »

Rien de plus... En vérité, est-ce bien assez pour détruire les arguments sérieux sur lesquels nous nous sommes appuyé ? N'est-ce pas là plutôt une de ces opinions émises *transeundo*, sans trop y attacher d'importance ? Il est permis de penser que la pensée du savant auteur ne s'est pas même arrêtée sur la difficulté spéciale qui nous occupe.

La jurisprudence est muette, avons-nous déjà dit ; cependant, dans un arrêt de la Cour de Montpellier du 10 juin 1830 (S., 31,

Digitized by Google

2, 104), relatif à la valeur des emprunts contractés par la femme séparée sans l'autorisation de son mari, on trouve les motifs suivants dignes de remarque : « Que l'art. 1449 n'autorise que « les actes de simple administration ; que si quelquefois on peut « reconnaître ce caractère à des emprunts, ce n'est que lorsque, « par leur modicité ou par les circonstances, il paraît qu'ils « n'ont été faits que dans l'intérêt d'une bonne gestion, et qu'il « est d'autant plus nécessaire d'être circonspect à cet égard, que « des emprunts peuvent amener à des condamnations *exécutoi-* « *res sur les immeubles de la femme*, dont la loi prohibe l'aliéna- « tion sans le consentement de son mari... »

C'est clairement donner aux obligations valables de la femme séparée, les effets qu'il nous paraît à la fois juridique et équitable de lui accorder.

S'il est toujours possible, comme nous l'avons montré, de parer aux dangers de notre solution, dangers que les tribunaux sont en mesure d'arrêter, il ne l'est pas autant de subvenir aux inconvénients du système contraire. Ne doit-il pas avoir pour résultat certain de priver la femme séparée de tout crédit, de frapper ses engagements même les plus légitimes d'une défaveur complète, au point qu'elle ne trouverait pas même à emprunter ce qui lui serait nécessaire pour la conservation ou l'exploitation de ses immeubles? L'équité, enfin, ne proteste-t-elle pas contre ces ressources laissées trop souvent à la mauvaise foi ?

E. Brives-Cazes,
Docteur en droit, juge suppléant au tribunal civil de Bordeaux.

Digitized by Google

CORRESPONDANCE.

DÉFENSE DE L'ESSAI SUR L'EMPLOI DE L'EMPRISONNEMENT ET DE L'AMENDE [1].

Lille, 15 décembre 1851.

A Monsieur le Rédacteur en chef.

Monsieur,

La note moitié trop flatteuse d'une part, mais peut-être un peu rigoureuse de l'autre, qui accompagnait en août dernier le travail auquel vous accordiez l'hospitalité de la *Revue*, semble avoir donné l'élan à bien des critiques. Il m'en est venu de divers côtés. Celle que m'adresse *M. Morin*, dans le numéro qui vient de paraître de son *Journal de Jurisprudence*, m'est plus particulièrement sensible. L'érudition de ce légiste, l'estime dont jouit le recueil qu'à la suite d'un de vos plus dignes collaborateurs il a consacré au droit criminel, enfin le caractère tout pratique de l'œuvre et de l'auteur, sont autant de motifs pour réclamer la faculté d'une réplique. Ne pas rompre une lance pour une thèse que je crois féconde, laisser rejeter comme utopies un ensemble d'idées que j'avais mises avec confiance sous le patronage d'un nom de plus en plus imposant, serait à mes yeux abdiquer un droit et déserter un devoir.

Je rencontrerai successivement, si vous le trouvez bon, les objections de M. Morin et quelques autres; je prendrai, outre lui, pour adversaires l'un des doyens d'âge de la Cour de Rouen, le plus jeune, mais non pas certes le moins éminent des procureurs généraux de la République, enfin un publiciste que recommandent les plus honorables suffrages et qui à titre de haut fonctionnaire, administre une direction au chef-lieu du département du Nord. Si par ma réponse, pour brève qu'elle doive être, à des critiques émanées de quatre divers points de vue, je réussissais à pallier aussi le coup de votre censure et à dissiper le préjugé dont votre note a dû frapper mes idées parmi vos lecteurs, je ne regretterais pas d'avoir tenté pour mon opuscule, *si parva licet componere magnis*, ce que de grands génies ont effectué pour leurs chefs-d'œuvre.

C'est ce qui peut s'appeler trop prouver, c'est, à entendre le journal de M. Morin, ne point émettre une idée fort juste que de soutenir que l'amende, prenant plus d'importance dans l'échelle pénale, pourrait être admise comme peine unique pour certains crimes et pour de nombreux délits. C'est aller trop loin ! Il faudrait me dire pourquoi. J'ai cité par forme d'exemple un délit, celui de l'art. 201, où l'amende m'a paru mériter la préférence sur l'emprisonnement, et j'en citerai d'autres si l'on

[1] Voyez notre *Revue*, 1831, t, II, p. 317.

Digitized by Google

convient que le législateur devait se borner à mulcter pécuniairement le ministre du culte qui critique l'autorité, qu'ouvrir au contraire sur un prêtre en pareil cas la porte des prisons, c'est fort mal choisir la répression. Quant aux matières du ressort de la Cour d'assises, il y a de même plus d'un article où l'amende devrait primer l'emprisonnement, et je le prouve en m'attaquant au texte de l'art. 35, ainsi conçu : *Toutes les fois que la dégradation civique sera prononcée comme peine principale, elle pourra être accompagnée d'un emprisonnement dont la durée, fixée par l'arrêt de condamnation, n'excédera pas cinq ans. — Si le coupable est un étranger, ou un Français ayant perdu la qualité de citoyen, la peine de l'emprisonnement devra toujours être prononcée.* L'addition de l'amende à l'emprisonnement, dans chacun des deux cas dont il s'agit, avec la faculté de substituer l'une à l'autre, passe pour inadmissible ! Eh bien ! je pose les espèces suivantes : Qu'un étranger frappe un magistrat à l'audience, il encourt de ce chef, aux termes de l'art. 228, un emprisonnement de deux à cinq ans, plus la dégradation civique. Si cette peine de la dégradation qui, par elle seule, serait peu de chose pour un étranger, se complète par l'amende, il pourra en être utilement atteint. En présence de l'emprisonnement prescrit par l'art. 228, que deviendra, au contraire, celui que fulmine le § 2 de l'art. 35 pour en déterminer le maximum ? La répression prononcée sera moins complète qu'elle ne le serait contre un Français. Et que ce soit un ministre du culte qu'il ait frappé dans ses fonctions, ou bien que l'intérêt l'ait fait se parjurer dans un procès, le prêtre s'applaudirait de voir une amende tourner à l'allégement des charges du pauvre, ou bien elle toucherait ce coupable à l'endroit sensible en réprimant la faute à sa source ; mais ce n'est toujours que de cet emprisonnement sans *minimum* fixé qu'il sera passible. Tout n'est donc pas ici pour le mieux. Pour le mérite de la discussion actuelle, je maintiens et conclus qu'en cas de remaniement de la législation, l'amende pourrait être de mise, tant contre certains crimes que contre de nombreux délits ; et j'invoque en ce sens l'autorité du Répertoire du Droit criminel, t. I, pag. 149 : « *C'est un avertissement efficace, préférable à l'emprisonnement pour les infractions qui ont leur mobile dans l'avidité du gain ou qui ne présentent point un grand danger social.* »

Mais n'ai-je pas péché du moins par inexactitude en combattant les théories qui contestent absolument à l'amende d'être exemplaire et réformatrice ? Sur le premier point, j'en appelle de mon savant adversaire, à ceux qui ont lu avec plus d'attention que lui la démonstration que j'ai tentée quant à l'exemplarité. Sur le second point, je me contente de lui demander s'il ne prend pas à tort la qualité d'instructive ou réformatrice, pour celle de suppressive ou rassurante. Cette confusion est plus que probable, car ce que j'ai seulement tâché d'établir, c'est que cette dernière aptitude peut se revendiquer pour l'amende. Mais pour ce qui est du don d'instruire ou de réformer les condamnés, j'ai fait observer qu'il n'est aucune peine dont ce caractère soit l'apanage, ou bien qu'il ne manque qu'à la plus terrible de toutes.

J'arrive à mon second antagoniste. Si l'amende tient peu de place dans notre législation criminelle, m'a-t-il écrit, n'est-ce pas parce que les rédacteurs du Code pénal n'ont voulu ni que la famille fût à la fois dépouillée de son patrimoine et accablée de l'infamie de son chef, ni que

Digitized by Google

l'État se fît un revenu du crime ! Ils avaient l'expérience des abus auxquels cette pénalité donnait lieu, et ils n'y voyaient de remède qu'en restreignant son application.

J'en demande pardon à un magistrat dont les services, chers au ressort et à la Cour qui l'a perdu, méritent tout ensemble ma reconnaissance et mon respect; mais cette objection a contre soi le fait et le droit.

En fait, ce n'est pas devant une double atteinte à la règle de l'individualité des fautes que reculèrent les législateurs de 1810. D'abord, l'amende ne s'inflige en Cour d'assises qu'alors qu'elle se combine avec le châtiment corporel; ensuite, contre les délits, c'est beaucoup plus souvent par cumul avec l'emprisonnement que comme peine isolée que le Code l'édicte; enfin, il a fallu l'art. 66 de la Charte de 1814 pour abroger la confiscation, c'est-à-dire la peine qui contrarie le plus le principe de la personnalité. Les Réal et les Treilhard avaient hautement refusé leur adhésion à ce principe préconisé par Beccaria, mais que Pastoret, et si ma mémoire me sert bien, Filangieri, avaient depuis lui battu en brèche [1].

En droit, est-ce que l'Etat spécule sur les vices par la raison que l'expiation profite au trésor? Autant vaut taxer d'immoralité l'allocation de dommages-intérêts aux victimes d'un crime ou bien d'un délit. L'argent qui sort d'une source impure reste-t-il impur aussi? Si cette proposition, paradoxe pour l'économiste, contre-vérité pour tous, est exacte; si nos aïeux, en affermant les larcins et les blasphèmes comme nos mairies afferment à grand prix les immondices, n'ont à vos yeux que leur naïveté pour excuse; si ce qu'admettait leur conscience révolte la vôtre, il ne doit plus même être licite d'utiliser le travail des condamnés, l'Amérique a tort de se créer une branche de revenu au moyen de l'excédant du produit de leur industrie; il n'y a d'honnête que le *tread-mill*. Prenons pour type, pour idéal, cette invention anglaise, les châtiments stériles, la peine pour la peine, équivalent de l'art pour l'art! Un pendu n'est bon à rien, disait Voltaire, il faudra répondre tant mieux, aujourd'hui.

[1] Consultez Filangieri, annoté par Benjamin Constant, à la bibliothèque de l'Hôtel-de-Ville à Paris. Il manque à celles de Lille. L'autorité de Pastoret, sans être du même ordre que celle de l'éminent auteur napolitain dont il obtint le suffrage et avec qui il correspondait, aurait bien à elle seule quelque poids. On sait que ce membre de l'Académie des inscriptions a fourni la formule moulée en lettres d'airain au fronton du Panthéon : Aux grands hommes la patrie reconnaissante. Ses ouvrages, au frontispice desquels on lit le *conamur tenues grandia* d'Horace, sont, tout l'indique, destinés à durer plus qu'elle, *ære perennius*.

La *Revue des beaux-arts*, dans un article des meilleurs du reste qu'elle donne à cette heure, t. II, p. 377, attribue la devise à Portalis; mais, éloigné de Paris lorsqu'il fut question d'honorer les cendres de son ancien adversaire, personne ne fut plus étranger au décret si singulièrement appuyé par Robespierre, puis combattu par M. de Montlosier et par Marat. (Cf. *Almanach royal* de Dhoury, 1791; *Moniteur* d'avril même année, et au n° 420 de l'*Ami du peuple*, que rapportent Buchez et Roux, t. IX, p. 397, la diatribe : « C'est Pastoret, le doucereux intrigant, etc. »; elle tranche le débat. *Sic* feu Savagner, *Dictionnaire de la conversation*, t. XLII, p. 67).

B.

Digitized by Google

Non, ce n'est pas un mal, mais un bien, si parmi les délinquants, il en est qui indemnisent le pays de ce que le désordre et sa répression coûtent. L'amende a un mérite de restitution. L'on se rebelle, on s'enivre, on scandalise, soit la pudeur, soit la piété; agent de trouble, on concourra, bien qu'involontairement, au maintien ultérieur de l'ordre; des écoles se fondent, des hôpitaux s'ouvrent, des églises s'élèvent, et, sans le payement effectué par le coupable, l'Etat aurait dû ajourner la dépense; c'est le poison changé en remède, l'obstacle devenu moyen; c'est le secours inattendu prédit à Enée :

..... Via prima salutis
Quod minimè reris, graiâ pandetur ab urbe. (*Æn.*, lib. VI, 97).

Mais comment ne pas craindre d'ajouter encore à l'importance de l'argent, si puissant déjà au siècle où nous sommes? Sur cette question, que me fait le chef de parquet de qui j'ai failli être hiérarchiquement l'auxiliaire, et dont je m'honore de rester l'ami, je le renvoie à Montesquieu. Il y a cent trois ans que l'immortel président de Bordeaux le proclame : « *Les peines pécuniaires peuvent se proportionner aux fortunes! les gens riches craignent de perdre leurs biens!* » Or, si l'amende consiste dans le retranchement d'une part aliquote du patrimoine, de manière à garder toujours, quelques modifications qui s'opèrent, toute sa valeur d'intimidation, en quoi l'opulence jouirait-elle d'un privilége? On l'a vue à l'aide de l'attrait du luxe triompher parfois du déshonneur en renouvelant sur l'opinion publique elle-même ses actes de corruption, elle ne laisse pas non plus d'adoucir la privation de la liberté; l'instrument pénal que je préfère est le plus résistant. En vain remarque-t-on qu'*entre ôter le dixième de* 10 *millions à leur possesseur et* 1,000 *francs à qui n'en a que* 10,000, *il y a la différence du superflu au nécessaire* (Rossi, t. III, p. 212). Importez en cette matière pour le lui approprier, *mutatis mutandis*, et avec les développements nécessaires, le tarif de la réglementation des saisies-arrêts, grands et petits courberont la tête sous le niveau de la loi [1].

J'entends toutefois le dernier de mes adversaires me prémunir ici contre le danger de l'inquisition. Je pourrais répondre que ce ne sont pas des données mystérieuses que celles de la fortune de chacun. Nous marchons avec une vitesse accélérée à un régime de publicité; les questions de solvabilité ne sont pas épineuses à résoudre à la Bourse, et des améliorations dans les procédés du cadastre, dans le mécanisme de l'assiette des contributions, un progrès dans la carrière des transports, eu égard à leur multiplicité, leur sûreté, leur rapidité, concourront à rendre la solution de pareilles questions de plus en plus simple. Mais j'accorderai qu'il n'en fût pas ainsi; j'admettrai qu'aucune maison ne soit de verre, que la vie privée soit murée, et que l'éclat de l'or ne rayonne point, en quelque sorte, à travers les vitres du logis de ceux qui le pos-

[1] Loi du 21 ventôse an IX, qui détermine la portion saisissable sur les traitements. « Les traitements des fonctionnaires publics et employés civils seront saisissables jusqu'à concurrence du cinquième sur les premiers mille francs, du quart sur les cinq mille francs suivants, du tiers sur la portion excédant six mille francs. » *Signé* : BONAPARTE, premier consul; et plus bas : MARET et ABRIAL.
(*Bulletin des lois*, troisième série, nº 74. Cf. Boitard, t. II, p. 431.)

Digitized by Google

sèdent : est-ce que les tribunaux sont sans moyen de se renseigner, et ont-ils besoin de se jeter dans l'inquisition ! Prenons garde de nous payer de fantômes, et de reculer devant des mots ! Si c'est de l'inquisition que de s'informer de ce qu'un individu a de fortune, elle s'exerce vis-à-vis des officiers ministériels, astreints à prouver comment ils payeront, à garantir comment ils exploiteront le titre dont ils traitent comme acquéreurs. Les postulants en magistrature déclarent au début leur situation financière. M. le garde des sceaux Rouher a même réclamé la divulgation de détails plus intimes. On exige des militaires qui se marient la connaissance de la dot qu'ils espèrent, du pécule qu'ils apportent. Et ce qui se pratique à l'égard de maints et maints fonctionnaires, des recherches qui, à le bien prendre, en définitive, se font tous les jours, s'interdirait à l'encontre des prévenus (c'est de prévenus qu'il s'agit) ; et, à l'égard de ceux dont la justice peut ouvrir les lettres, dont la police scrute les armoires et fouille les poches, dont les parents sont requis au besoin par l'autorité discrétionnaire et les amis même interrogés sous serment, on éprouverait de l'embarras, afin d'arriver à une équitable pondération de l'amende à intervenir, de savoir le taux de leurs rentes, le chiffre de leurs capitaux, leur fortune enfin ! ! C'est insoutenable.

Reste que la mulctation pécuniaire, au lieu de grever le passif du budget, en accroît l'actif ; qu'elle est réparable ; qu'il y a inconvénient à détruire parmi le peuple, et surtout chez ceux qui en auront passé le seuil, le prestige de la prison ; qu'enfin celle-ci est une détestable école, témoin ces expressions énergiques de M. Paillard de Villeneuve, dans un article que j'ai lu de lui pendant que le travail dont je termine ici la défense se trouvait sous presse : Supprimez ces foyers de récidive, enfers où ne s'expient point les crimes du passé, mais où se méditent et se complotent les crimes de l'avenir. (G. d. T., 17 juin 1851.)

Agréez, monsieur et ami, etc. BOURDON.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Manuel de droit de l'étranger en Angleterre, par un jurisconsulte. 1 vol. Paris, 1852, Videcoq. Londres, Delizy, 13, Regent Street.

Ce petit livre n'a pas la prétention d'être un traité de jurisprudence, mais il résume d'une manière saine et précise les notions sur les droits accordés à l'*étranger* par les lois anglaises, jalouses, comme on le sait, du principe de la nationalité, surtout en ce qui concerne les priviléges politiques et la possession des immeubles. Aujourd'hui que les rapports se multiplient de plus en plus entre les deux pays, il ne nous est plus

Digitized by Google

permis de nous retirer dans la connaissance des dispositions de nos Codes ; nos intérêts se trouvent sans cesse en contact avec la loi internationale, il faut donc sinon approfondir, du moins connaître les principales règles suivies dans les pays qui nous avoisinent.

Une convention récente sur la propriété littéraire et artistique vient d'être conclue entre la France et l'Angleterre ; elle ajoute encore à l'intérêt que nous venons de signaler.

Nous indiquerons aussi les *acts* relatifs à la propriété des *dessins de fabrique*, aux *brevets d'invention*, et à la *naturalisation des étrangers*.

De la réforme hypothécaire en France et en Prusse. Examen critique comparé du projet de loi présenté à M. le ministre de la justice de Prusse, par M. Reichensperger, conseiller à la Cour d'appel de Cologne, et du projet soumis dernièrement aux délibérations de l'Assemblée législative de France, par M. Jules Levita, docteur en droit. Paris, 1852. Videcoq, éditeur.

La nouvelle loi hypothécaire, qui devait servir de point de départ à la création d'institutions de crédit foncier, n'a pu subir à l'Assemblée législative l'épreuve suprême de la troisième lecture. Elle se trouve donc reléguée, en ce moment, au nombre des documents utiles à consulter, pour la réforme future de cette partie importante de nos Codes. L'intérêt qui s'y rattache conserve cependant toute son énergie, car l'utilité d'une réforme est généralement reconnue. En analysant avec sagacité les dispositions du projet et les points principaux de la discussion que celui-ci a soulevée, M. Levita a donc rendu un service véritable. Son travail est d'autant plus utile à consulter, qu'il fournit l'occasion de faire un parallèle instructif avec les idées qui ont cours dans un autre pays, dans la Prusse Rhénane, régie par la loi française, et destinée aussi à voir modifier le titre des hypothèques. La traduction du projet préparé par un magistrat de la Cour de Cologne, M. Reichensperger, présente un bon sujet d'étude.

Enfin, M. Levita termine ce volume par le développement de quelques idées très-saines, sur l'organisation du crédit foncier, dont il se déclare le partisan décidé.

L'ensemble du travail que nous annonçons ici se recommande donc autant par le mérite intrinsèque que par l'opportunité de la publication.

Recueil des Constitutions françaises, depuis 1791 *jusqu'à ce jour*, contenant la corrélation de tous les articles entre eux, précédées des décrets du gouvernement provisoire, et suivies des *Constitutions des Etats-Unis d'Amérique*, par M. Teulet, avocat à la Cour d'appel de Paris. 1 vol. in-12 ; prix : 3 fr. 50 c. Videcoq, éditeur, place du Panthéon, n° 1.

Il suffit de signaler l'ouvrage de M. Teulet, pour en faire comprendre tout l'intérêt, au moment où la France va procéder à l'application d'une nouvelle constitution. Dans ce petit livre, les textes ont été soigneusement réunis et mis en rapport par des annotations exactes : il en résulte des rapprochements curieux et instructifs.

Digitized by Google

Manuel des juges de commerce, ou Recueil de documents, édits, lois, décrets, ordonnances, avis et arrêts du Conseil d'Etat et circulaires ministérielles concernant la juridiction commerciale, suivi d'un Formulaire de tous les actes, ordonnances, procès-verbaux et rapports les plus usuels du ministère des juges; par M. Gasse, ancien secrétaire de la présidence du tribunal de commerce de Paris. Cinquième édition, précédée de la Comptabilité centrale des faillites, établie au tribunal de commerce du département de la Seine, par M. Ch. Janets, chargé de cette comptabilité. Un vol. in-8°. Paris, 1852. Prix : 7 fr. — Videcoq, éditeur.

L'organisation de nos tribunaux de commerce, la manière impartiale et éclairée qui préside à la distribution de la justice consulaire, sont un sujet d'admiration pour les étrangers. Parmi les publications qui ont contribué à faciliter la tâche ardue et délicate d'hommes chez lesquels la droiture du bon sens pratique supplée souvent aux connaissances juridiques, il est juste de mentionner le travail de M. Gasse, que la mort a récemment enlevé aux modestes fonctions dont il s'acquittait avec autant de zèle que de lumières. C'est un recueil méthodique des textes indispensables à connaître pour la bonne dispensation de la justice commerciale. La comptabilité centrale des faillites, utile institution due à l'expérience éclairée d'un ancien président du tribunal de commerce, M. Devinck, se trouve également expliquée dans ce volume.

Dictionnaire des juges de paix et de police, ou Manuel théorique et pratique, en matière civile, criminelle et administrative, contenant la jurisprudence, l'opinion des auteurs, le timbre, l'enregistrement, les formules, suivi d'un Code de la justice de paix, à l'usage des juges, suppléants, greffiers, huissiers près les tribunaux de paix et de police, par M. Bioche, avocat à la Cour d'appel de Paris, auteur du *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*. 2 forts vol. in-8°, prix : 16 fr. Paris, 1852, Videcoq, éditeur.

Nous avons déjà eu occasion de parler de ce travail utile et consciencieux, maintenant terminé. Personne n'était mieux à même de l'accomplir que M. Bioche. C'est un *Manuel* commode et sûr à consulter par les nombreux organes et auxiliaires de la justice, auxquels il s'adresse spécialement.

Histoire et théorie de la saisine héréditaire, dans les transmissions de biens par décès (Mémoire couronné par la Faculté de droit de Paris, le 10 août 1850), par G. Simonnet, substitut, docteur en droit. Paris, Aug. Durand, libraire, 3, rue des Grès.

Du barreau et de la magistrature, suivi d'un essai sur les juridictions, par Frédéric Billot, avocat. Paris, Aug. Durand, rue des Grès, 5. Aix, Aubin.

Ces deux volumes traitent de matières trop importantes, quoiqu'à des points de vue très-différents, pour que nous n'en renvoyions pas l'examen à une prochaine livraison, le temps et l'espace nous manquant aujourd'hui.

Digitized by Google

DE LA

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE EN ANGLETERRE.

INTRODUCTION.

1. Le traité récemment conclu entre l'Angleterre et la France pour reconnaître la propriété littéraire dans les deux pays n'est pas seulement un acte qui intéresse les écrivains et les éditeurs, et qui fait justice d'un commerce dès longtemps décrié, c'est encore, et par-dessus tout, l'introduction dans le droit des gens d'un principe fécond, qui dans un temps prochain développera dans la jurisprudence toute une branche nouvelle d'études et d'applications. Et, en effet, dès qu'on reconnaît les droits de l'intelligence sur l'œuvre qu'elle a enfantée, on ne peut pas s'en tenir aux livres, aux dessins, à la musique; il faut, sous peine d'inconséquence, garantir les droits non moins sacrés de l'inventeur. Les marques, les dessins de fabrique, les brevets sont des propriétés aussi respectables qu'un poëme ou qu'un roman; le titre est le même, l'intérêt général n'est pas moins grand; pourquoi la loi leur refuserait-elle sa protection?

2. Mais ce n'est pas seulement par la reconnaissance des droits de l'esprit que le traité anglais est remarquable, c'est aussi par la simplicité de l'idée sur laquelle il repose, idée que je crois neuve, principe qui tout au moins n'a reçu jusqu'à présent que de rares applications, et qui, en rendant facile toute négociation où s'agitent des questions de droit privé, est destiné à fonder prochainement une ju-

Digitized by Google

risprudence vraiment européenne : je veux parler de ce principe de réciprocité qui laisse à chaque pays sa propre législation.

Jusqu'à ce jour, un traité a été le plus ordinairement une œuvre de législateur. En négociant on établit des institutions nouvelles, on fait une loi qui n'est ni anglaise ni française, mais un compromis entre les usages des deux nations; on change le droit des deux pays, et c'est ainsi qu'on effraye en chaque Etat les Assemblées qui craignent l'invasion d'idées et de coutumes étrangères, et qu'on met le juge en défiance contre des principes qui ne sont pas les siens. Le traité anglais est fait sur un pied tout différent : on respecte et on maintient l'indépendance des deux législations; on ne touche ni à la loi anglaise ni au droit français; on n'impose ni aux Chambres ni aux magistrats une législation nouvelle, et qu'en chaque pays on dit faite pour favoriser l'étranger; mais simplement la France adopte les auteurs anglais, et elle donne les siens en échange à l'Angleterre, qui devient pour eux une seconde patrie. Thiers et Lamartine ont droit de cité en Angleterre, au moins pour leurs livres; Carlyle ou Macaulay deviennent des auteurs français de par la loi qui protége leurs écrits. Nul changement qui puisse inquiéter le patriotisme le plus ombrageux, et profit pour tous!

C'est là un principe excellent par sa simplicité, et destiné sans doute à une fortune rapide. On voit quelle facilité en découle pour tous les traités qui ne sont pas politiques, et comme il est aisé en quelques années d'assurer par toute l'Europe une protection efficace aux droits privés. Faire accepter à l'Angleterre, à l'Allemagne, à l'Italie une législation uniforme sur les lettres de change, c'est chose impossible, les idées et les besoins n'étant pas partout le

Digitized by Google

mêmes; mais quoi de plus simple que de nationaliser, à titre d'échange, la lettre française en Allemagne ou la lettre anglaise en Italie? J'en dirai autant des contrats, des jugements, en un mot de tout le droit privé. Il y a là une œuvre immense dans ses résultats, mais qui, dans l'exécution, est d'une simplicité sans pareille : tout se réduit à donner et à offrir *droit de cité légal* pour chacun des intérêts qu'on veut garantir.

3. Je prévois une objection qu'on ne fera peut-être pas en Angleterre, mais qui inquiétera dans un pays où l'on comprend mieux l'égalité que la proportion; c'est la différence des deux lois. Rien ne servira de prétendre qu'un Français, traité par la loi anglaise comme un citoyen, a mauvaise grâce à demander un traitement plus favorable que celui dont se contentent les Anglais. Est-il bien sûr, dira-t-on, que nous ne fassions pas un marché de dupe? Si la loi française est plus avantageuse que la loi anglaise, ne donnons-nous pas plus que nous ne recevons? n'avons-nous pas droit d'exiger une complète égalité?

Il y a dans cette objection un point de fait que nous examinerons plus tard, en exposant quelle est en Angleterre la loi de la propriété littéraire; il y a aussi un point de droit qui mérite un instant de discussion; car c'est sur le principe de réciprocité, et non sur le principe d'égalité, que porte la convention.

Demander pour toute l'Europe une loi unique, c'est un peu le rêve de la langue universelle, et on ne peut pas croire que tant de peuples de génie si différent tombent un jour d'accord sur tout le détail d'une commune législation; mais ce qu'on doit désirer, et ce qu'on peut espérer, c'est de voir s'établir en Europe des principes sinon uniformes, du moins assez rapprochés pour que toutes les nations

Digitized by Google

aient intérêt à traiter et négocier ensemble; en deux mots, un véritable *jus gentium*, des usages acceptés de tous; réforme d'autant plus nécessaire que les chemins de fer, en supprimant la distance, rapprochent chaque jour davantage les hommes, les intérêts et les droits.

Maintenant, quel est le moyen d'amener ce rapprochement d'institutions? Des traités qui modifient la loi des deux pays? C'est ne pas savoir quelle est l'attache des Anglais à leur coutume, quelle est la passion des Français pour certaines idées absolues et philosophiques qui sont le contre-pied des usages anglais. J'en dis autant de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Espagne. Jamais diplomate ne modifiera la loi civile d'un peuple qui n'est pas le sien; la main des hommes est impuissante à ce changement, il y faut l'action du temps; à brusquer la réforme, on la manquera. Au contraire, acceptons la loi vivante de chaque pays, donnez à l'Anglais, à l'Allemand, à l'Italien le bénéfice de la loi française, et il se fera par toute l'Europe un mouvement propre à chaque Etat pour s'élever à la législation la plus favorisée; chacun voudra tout au moins obtenir chez soi le droit dont il jouit à l'étranger. Que la France, par exemple, reconnaisse à la propriété littéraire une durée de cent ans; il n'est pas un écrivain anglais qui ne trouve injuste d'être moins favorisé dans sa patrie qu'à l'étranger, et vous avez, pour vous aider dans vos réformes, non pas l'influence d'un diplomate, mais la force d'opinion de tout un peuple. En rapprochant les hommes, chaque nouveau traité est un pas vers cette véritable unité qui doit sortir, non pas d'une théorie, mais du fond même des choses et de la communauté d'intérêt.

4. L'introduction du principe de réciprocité dans le droit international aura aussi dans le domaine de la science

Digitized by Google

une influence heureuse; il faudra désormais faire une étude sérieuse, approfondie des législations étrangères. Il se formera donc une science nouvelle et une nouvelle école de jurisconsultes. Comparer les législations ne sera plus l'occupation de philosophes qui ne sortent guère de leur cabinet et dont les livres s'adressent au législateur plus qu'au magistrat : ce sera une recherche active, un travail utile à la science qui gagne à la pratique plus encore qu'à la théorie, et souverainement profitable à nos jurisconsultes, car rien n'agrandit l'esprit comme la comparaison, rien ne ramène aussi vite aux principes et ne les éprouve plus sûrement.

J'ai pensé faire une chose agréable aux lecteurs de la *Revue* en les introduisant des premiers dans cette voie nouvelle. La loi anglaise est peu connue en France, et cependant elle mérite de l'être, quand bien même elle ne serait pas destinée à faire bientôt partie de notre législation. L'intérêt redouble quand il s'agit d'un droit de date récente, comme est la propriété littéraire; d'un droit qui, dans les deux pays, a eu à peu près le même développement, et qui, en Angleterre, a été récemment reconstitué par le législateur, tandis que chez nous on demande depuis vingt-cinq ans une réforme qui s'éloigne toujours. Il y a ici un double intérêt et pour le jurisconsulte et pour le législateur.

Digitized by Google

HISTOIRE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE (*Copyright*) EN ANGLETERRE [1].

—

§ 1er. — Depuis l'invention de l'imprimerie, jusqu'au statut de la reine Anne.

5. Je n'examinerai point en ce moment quelle est la nature du droit que les lois modernes reconnaissent aux auteurs, si c'est un privilége, une faveur légale ou un véritable domaine. Quelque jour, et quand on aura poussé plus loin ce sillon nouveau, en rejetant de vieilles erreurs, on reconnaîtra, je l'espère, que la langue française, dans sa logique ordinaire, a justement qualifié ce droit en le nommant propriété, et qu'au fond l'industrie humaine, qui transforme une terre inculte en un champ fertile, n'est pas plus respectable, ni souvent plus utile que l'effort d'esprit qui, d'un chiffon sans valeur, fait un livre qui sert à tous. Aujourd'hui la discussion serait prématurée, et il est bon de faire passer l'histoire avant la théorie. Tel esprit qui se préviendrait contre les raisonnements les plus spécieux, se laissera gagner au spectacle des faits. Il lui faudra bien reconnaître qu'à mesure que l'intelligence humaine a exercé une influence plus directe sur la civilisation, avec cette influence a grandi la valeur commerciale du livre et de l'idée; que toutes les législations de l'Europe ont reconnu

[1] Nos autorités principales sont Talfourd, *Speeches on the Law of Copyright*, dans ses *Essays*, édition de Philadelphie, 1848, p. 159 et suiv., et J. Lowndes, *An historical sketch of the Law of Copyright*, London, 1842, in-8°. Voyez aussi : *De la propriété littéraire en Angleterre* (traduit de Richard Godson), par Théodore Regnault, Paris, 1826, in-8°.

Digitized by Google

ce mouvement des choses en faisant aux auteurs une part de jour en jour plus large, et qu'il y a là enfin un intérêt de premier ordre, un droit sacré qui, s'il n'est pas la propriété même, certes y touche de bien près.

6. J'entre donc en matière, et, sans engager l'opinion du lecteur sur l'essence même de la propriété littéraire, je vais esquisser l'histoire de ce droit, que les Anglais qualifient simplement de *Copyright*, c'est-à-dire droit de copie, droit de reproduction.

Il semble que ce privilége des auteurs, tout respectable qu'il fut dès l'origine, n'a guère pu commencer qu'avec l'imprimerie qui a créé en quelque façon le commerce des livres. Cependant on en trouve des traces dès l'époque la plus reculée [1], et pour ne parler que de l'Angleterre, l'évêque Fell, dans son mémoire sur l'imprimerie de l'Université d'Oxford, assure que l'Université possédait le droit exclusif de transcrire et de multiplier certains livres par le moyen de l'écriture, ce qui suppose un droit de propriété littéraire [2].

Quand l'imprimerie eut été introduite en Angleterre, et l'on admet généralement qu'elle y fut portée par Caxton, marchand mercier de Londres, dont le nom se trouve pour la première fois à la suite d'une règle du jeu d'échecs, datée de 1474 *(The Game and Playe of the Chesse)*, la fabrication des livres devint un commerce, et la concurrence amena bientôt la contrefaçon. Pour s'en garantir, en Angleterre comme en France, on eut recours à la protection royale. Le plus anciennement connu de ces priviléges est de 1518; il est accordé au célèbre Richard Pynson, impri-

[1] Mart., *Epigr.*, I, 67; XIII, 3; XIV, 194.
[2] Gutch's, *Collect. curiosa*, vol. I, p. 271.

Digitized by Google

meur du roi, à l'occasion d'un pamphlet de circonstance : *Oratio Richardi Pacei in pace nuperrime composita;* le titre porte : *Impressa Londini, anno Verbi incarnat.* MDXVIII, *idibus novembris, per Richardum Pynson, regium impressorem,* cum privilegio a rege indulto, ne quis hanc orationem intra biennium in regno Angliæ imprimat, aut alibi impressam aut importatam in eodem regno Angliæ vendat [1].

Sous le règne de Henri VIII, on trouve de nombreuses concessions de priviléges de six et sept ans, mais accordés en général aux imprimeurs qui, au début de l'art, jouaient dans la production un rôle autrement considérable que les écrivains [2]. Alors même que l'auteur sollicite un privilége, ce sont les frais et les charges de la publication qu'il fait valoir, bien plus que la peine intellectuelle qu'il a prise; c'est ainsi qu'à la date de 1530, nous trouvons un privilége accordé à maistre Jehan Palsgrave, *Angloys natif de Londres, et gradué de Paris,* privilége que, probablement et suivant l'usage, il a rédigé lui-même. Palsgrave demande la protection royale pour un livre qui n'est pas oublié, une grammaire destinée à montrer le français, et intitulée l'*Esclarcissement de la langue françoyse;* livre qu'il a fait, dit-il, avec une grande et continuelle diligence, et qu'indépendamment de ses grands labeurs, peines et temps employés, il a fait imprimer à ses propres frais. Le roi lui accorde un privilége de sept ans; mais, évidemment, c'est l'éditeur qu'il protége plutôt que l'écrivain [3].

[1] Herbert, *Typ. antiq.*, vol. I, p. 264.

[2] Voyez Lowndes, p. 7.

[3] Voici les termes du privilége : « We greatly moved and stered by dewe consyderation of his *said long tyme and great dyligence* about this good and necessary purpose employed, and also of his said *great costes and charges* bestowed about the imprintyng of the same, have liberally and benignely graunted unto the said maister Palsgrave our favorable letters of privilege,

Digitized by Google

En Angleterre comme en France, on s'est servi de cette concession même d'un privilége pour en tirer la négation du droit; mais c'est mal connaître le seizième siècle que de raisonner ainsi. Le privilége royal n'était pas toujours un monopole, une faveur singulière et que rien ne justifiait; c'était souvent aussi la sanction d'un droit, un moyen de s'assurer la protection royale, d'obtenir une garantie efficace et prompte pour des intérêts que la loi n'eût qu'imparfaitement défendus. Quant à la durée du privilége, elle n'a pas non plus d'importance pour déterminer la nature du droit protégé, car cette durée était calculée sur la vente probable de l'édition, et on ne se faisait faute d'obtenir un nouveau privilége en cas de réimpression.

7. Tel était l'état de la propriété littéraire à son début, quand la politique, en s'effrayant du prodigieux mouvement d'idées que donnait l'imprimerie, fit de la librairie un monopole, et protégea les auteurs sans en avoir précisément l'intention. Sous le règne de Philippe et Marie, on commença de s'inquiéter *de ces livres faux et impertinents, de ces ballades, de ces rimes et autres abominables traités en langue anglaise, à la fois hérétiques et séditieux* [1]; et, pour empêcher l'invasion de l'esprit nouveau, on décida de réunir les imprimeurs en un corps, ce qui rendait la surveillance facile et assurait la responsabilité. Des lettres-patentes du 4 mai 1566 constituèrent en corporation la compagnie des *Stationers*, qui existe encore aujourd'hui [2]. On

concernyng his sayd boke, called : *Lesclarcissement de la langue francoyse*, for the space and terme of seuyn yeres next and immediately after the date hereof enswing, etc. » Herbert, *Typ. antiq.*, vol. I, p. 470.

[1] « *Many false fond books, and ballads, rhymes, and other lewd treatises* « *in the English tongue, both heretical and seditious* » Lowndes, p. 10.

[2] Cette compagnie comprend les imprimeurs, les libraires, les papetiers et les relieurs.

Digitized by Google

les autorisa à faire des règlements (*bylaws*) pour la Compagnie, et nul autre qu'un membre de la société n'eut droit d'exercer l'art de l'imprimerie dans le royaume d'Angleterre [1].

C'était un grand pas fait vers la constitution de la propriété littéraire; car on consacrait ainsi le droit exclusif du premier éditeur, droit qui, seul, fait la valeur du manuscrit. Il était évident que les imprimeurs, organisés en corporation, supprimeraient une concurrence intérieure, déloyale dans son principe et ruineuse dans ses effets. Aussi trouve-t-on, dès les premières années, un règlement qui oblige celui qui veut imprimer un livre à le faire inscrire sur le registre de la Compagnie et à payer une certaine somme pour cette inscription, comme s'il achetait une licence; et quiconque néglige cet enregistrement, ou imprime un livre qui appartient à un confrère, est condamné à l'amende au profit de la Société [2].

8. Sous le règne d'Elisabeth, la condition de l'imprimerie fut des plus difficiles; dès son avénement, la reine avait publié des injonctions pour défendre d'imprimer toute espèce de livre ou de feuille de quelque nature et en quelque langue que ce fût, sans une permission ou *licence écrite* donnée par Sa Majesté, ou par six membres de son conseil privé; et ce, sous peine de punition arbitraire suivant la qualité du délit [3]. En 1586 la reine, qui se plaint du nombre excessif des imprimeurs et veut établir une police plus étroite, réduit le nombre des priviléges et défend d'imprimer autre part qu'en sa cité de Londres, sauf

[1] Luckombes, *Hist. of printing*, p. 176.

[2] Lowndes, p. 11.

[3] *Injunctions given by the Queens Maiestie*, anno Domini 1559. Lowndes, page 12.

Digitized by Google

une presse à Oxford, et une autre à Cambridge. Encore trouva-t-on plus tard Elisabeth trop libérale, et sous Charles Ier, les imprimeurs, soumis à des règlements plus sévères et plus arbitraires, furent réduits au nombre de vingt [1]. C'est ainsi que l'autorité absolue essayait de se défendre contre cet instrument de la pensée humaine, qui, de toutes parts, battait en brèche les préjugés et les abus.

9. Comme on ne fait pas ici l'histoire politique de l'imprimerie, on n'envisagera ces règlements qu'en ce qui concerne la propriété littéraire ; il est visible que cette sévérité de la loi était favorable au monopole de l'éditeur, et comme les *Stationers* étaient à la fois imprimeurs et libraires, peu nombreux, et organisés en corporation, rien ne leur était plus aisé que de se défendre et contre la concurrence intérieure et contre la concurrence étrangère. En ce dernier point la jalousie du pouvoir leur venait en aide. Il était défendu d'importer de l'étranger aucun livre dont la propriété appartînt aux *stationers*, sous peine de confiscation et d'amende arbitraire. En peu de mots, tout était calculé pour protéger le monopole, parce que le monopole mettait l'imprimerie dans la main du gouvernement.

L'imprimeur, assuré de son bénéfice, commença dès lors à donner aux auteurs quelque rétribution ; c'était le faible prix du travail, sans doute, mais enfin c'était la reconnaissance d'un droit respectable, et qui devait plus tard prendre un grand développement. Déjà, du reste, le profit de l'éditeur était assez considérable sur certains livres, pour composer une redevance de quelque valeur. Les courtisans d'Élisabeth avaient deviné ce qu'on peut tirer du monopole,

[1] Décret du 11 juillet 1637. Lowndes, p. 15.

Digitized by Google

et c'est à leur profit qu'ils rançonnaient l'imprimeur et le public. L'un obtint le droit exclusif d'imprimer les livres de droit[1]; un autre eut le monopole des abécédaires et des catéchismes; un troisième se fit adjuger les almanachs et les pronostics; un quatrième eut la musique, et il y eut ainsi un véritable droit de propriété au profit, non des auteurs, mais des courtisans.

10. La révolution respecta le droit des écrivains et des éditeurs; sans doute, au milieu de l'anarchie et de la confusion qui menacèrent l'ordre et la propriété, on essaya d'obtenir la liberté complète de l'imprimerie et l'abolition de toute propriété littéraire; mais Offspring, Teatly, Burges, Gouges, Byfield, Seaman, Calamy et un assez grand nombre d'autres ministres, qui étaient en termes favorables avec le parti qui dominait dans le Parlement, firent des remontrances contre une pratique aussi coupable. Ils dirent « qu'à leur connaissance des sommes d'argent « considérables avaient été payées par des *stationers* pour « le manuscrit (*the copies*) des livres utiles qu'ils avaient « imprimés; qu'il était juste et nécessaire qu'ils eussent « la propriété des manuscrits ainsi achetés; qu'autre- « ment les écrivains seraient privés de toute récompense « pour leurs études et leurs travaux; qu'enfin, si on lais- « sait importer d'outre-mer, ou réimprimer les livres im- « primés en Angleterre, au préjudice de ceux qui portent « les charges de l'impression, on tromperait les auteurs et « les acheteurs par de mauvaises éditions, au grand dé- « couragement des hommes instruits et au préjudice de la « science[2]. »

[1] *The books of common law.* Les statuts appartenaient à l'imprimeur de la couronne ou du Parlement.

[2] Scobell, *Acts and ord. of Parlement*, p. 44, 5, édit. de 1658.

Digitized by Google

Ces représentations eurent assez de poids sur la Chambre pour lui faire rendre une ordonnance, en date du 14 juin 1643, afin de *supprimer les grands abus et récents désordres de l'imprimerie*. Cette ordonnance rétablit l'obligation de faire inscrire sur les registres de la compagnie, conformément à l'ancien usage, tout livre qu'on veut publier; défend qu'on puisse imprimer aucun écrit sans le consentement du propriétaire, sous peine de confiscation au profit de l'éditeur et de punition arbitraire. Des commissaires (*wardens*) sont nommés pour rechercher et saisir les contrefaçons, et briser les presses qui ont servi à imprimer ou réimprimer des livres au profit de ceux qui n'avaient point le droit de le faire, et pour amener les compilateurs et imprimeurs devant l'une des deux chambres, afin qu'ils y reçoivent le châtiment qu'aura mérité leur offense [1].

11. C'est cette même ordonnance qui soumettait tous les livres à l'autorisation préalable (*licensing*), c'est-à-dire à la censure. L'intérêt politique se cachait derrière la protection accordée à la propriété littéraire. Milton attaqua cette prétention exorbitante de l'État dans un pamphlet qui est un morceau incomparable pour l'élévation de la pensée, l'amour ardent de la liberté, la force du raisonnement, le dédain du sophisme officiel et de l'hypocrisie politique. Son *Areopagitica*, que nous ne connaissons que par une pâle imitation de Mirabeau, est ce qu'on a jamais écrit de plus philosophique et de plus vigoureux en faveur de la liberté de la presse, ce palladium de toutes les libertés; et il serait à désirer qu'une traduction nous fît connaître sous cette face nouvelle le génie d'un homme qui fut aussi grand écrivain politique que grand poëte. Mais, comme tous les

[1] Lowndes, p. 17.

Digitized by Google

esprits supérieurs, Milton savait faire la juste part de toutes choses; et en même temps qu'il réclamait, au nom de la liberté, contre *cette politique espagnole* qui prétend confisquer l'intelligence humaine, il approuvait la disposition qui assure à l'écrivain et à l'éditeur le fruit de leurs veilles [1]. *Dieu me préserve*, écrit-il, *de rien dire au contraire!* Paroles touchantes dans la bouche d'un homme qui devait souffrir plus que personne de l'insuffisante protection de la loi!

12. La presse, qui, sous la République, n'avait rencontré que peu de sympathie, même parmi ceux qui, criant le plus fort au nom de la liberté, n'en voulaient cependant que pour eux, ne devait pas trouver faveur auprès du gouvernement restauré, car c'était elle qui par-dessus tout avait amené la chute de la monarchie. Comme il n'y avait plus de chambre étoilée pour donner une couleur de légalité aux ordres de la cour, ce fut au Parlement qu'il fallut s'adresser; mais ce corps complaisant eut bientôt reforgé les anciennes chaînes de la presse, et, pour la servilité, ne laissa rien désirer aux Stuarts.

C'est dans un acte du 8 novembre 1671, nommé *licensing act*, et dont le nom dit assez le but principal, que reparaît la disposition qui protége l'éditeur ou l'auteur de tout livre inscrit sur le registre des *stationers* : en même temps une clause nouvelle oblige l'imprimeur à donner trois exemplaires, l'un à la Bibliothèque du roi, les deux autres aux bibliothèques d'Oxford et de Cambridge. Dès 1610, sir Thomas Bodley avait fait un accord avec la compagnie des *stationers*, afin d'obtenir pour l'Université d'Oxford un

[1] *For that part wich preserves justly every man's copy to himself. I touch not*, p. 104, col. 2. *The just retaining of each man his several copy* (*wich God forbid should be gainsaid*), p. 119, col. 1. Milton, *Prose works*, édition de Fletcher.

Digitized by Google

exemplaire de chacun des livres qu'ils imprimeraient; mais c'était un arrangement amiable, et non point une obligation.

L'acte de Charles II, dont nous venons de parler, fut renouvelé sous Jacques II, aussi bien que sous Guillaume et Marie, et ce fut en 1692 seulement qu'il cessa d'exister. Une des grandes raisons qui déterminèrent son abrogation, c'est que le monopole des *stationers* avait pris un caractère politique. Non-seulement les privilégiés trouvaient ainsi moyen d'accaparer à leur profit *ce qui appartenait au travail et au droit d'autrui*[1], et empêchaient souvent l'impression de livres bons et utiles, mais encore les Chambres se trouvaient dans l'impossibilité de rien imprimer : c'étaient les *stationers*, c'est-à-dire une corporation toujours dans la main du gouvernement par son intérêt, qui, dans un pays prétendu libre, était seule maîtresse de la publicité. Dans une pareille organisation, la liberté n'était qu'un mot; le Parlement eut le bon esprit de le sentir, et ce fut sur l'indépendance de la presse qu'il établit sa puissance et son autorité.

§ 2. — Depuis l'accession de la reine Anne, jusqu'à la proposition de M. Talfourd, en 1837.

13. Le Parlement, en laissant tomber le *licensing act*, mettait à découvert les imprimeurs qui ne se trouvaient plus protégés contre la concurrence, puisqu'il n'y avait plus de loi pour garantir la propriété littéraire; aussi les voit-on se réunir, en mai 1694, pour faire ou plutôt pour renouveler un règlement qu'ils avaient déjà publié en 1681, et fait ap-

[1] Ce sont les termes des représentations que les communes firent à la Chambre des lords. (Lowndes, p. 27.)

Digitized by Google

prouver, suivant la loi, par le lord chancelier et les grands-juges [1].

« Attendu, dit ce règlement, que divers membres de la « Compagnie ont une grande partie de leur avoir en ouvrages « (*copies*) dûment enregistrés sur le livre de la communauté; « que par l'ancien usage de la Compagnie ces œuvres ont « toujours été considérées comme la propriété des membres « de la communauté qui les ont fait enregistrer, et que « constamment on les a vendues et négociées comme pro- « priétés, laissées comme succession aux enfants, comme « douaire aux femmes, comme legs aux étrangers; que les « acheteurs ou héritiers de ces ouvrages doivent seuls avoir « le droit de les faire imprimer, il est dit et ordonné que « pour maintenir l'ancien usage, menacé par des gens mal- « intentionnés, et pour prévenir les abus du commerce, qui- « conque imprimera, importera, vendra, reliera, brochera « ou exposera en vente un livre dûment enregistré, amen- « dera de 12 deniers pour chaque exemplaire ou partie « d'exemplaire [2]. »

14. Ce règlement n'eut pas l'effet désiré; la concurrence et la contrefaçon s'établirent sur une assez grande échelle pour inquiéter la Compagnie, et en 1703, en 1706, et enfin en 1709, on voit les imprimeurs adresser des pétitions au Parlement, pour qu'il ait à corriger de mauvaises pratiques, et assurer aux imprimeurs la tranquille jouissance de leur propriété, en prononçant des peines efficaces contre ceux qui la troublent.

[1] Un statut, passé la dix-neuvième année du règne d'Henri VII, ordonnait que tous les règlements faits par les Compagnies fussent examinés et approuvés par le lord chancelier et les lords grands-juges (*chief justices*), sous peine de 40 livres d'amende.

[2] Lowndes, p. 28.

Digitized by Google

« Ils remontrèrent au Parlement, dit M. Strype [1], que « lorsqu'un auteur avait cédé son manuscrit à l'un d'entre « eux, ils en avaient la juste et légale propriété; qu'ils « avaient donné des sommes d'argent pour des ouvrages, et « les avaient assurés (en douaire) à leurs femmes en se ma- « riant, ou laissés à leurs enfants en héritage. Qu'en ce « moment il y avait un grand nombre de veuves et d'orphe- « lins qui n'avaient pas d'autre moyen d'existence, et que « les ouvrages en circulation avaient coûté à leurs posses- « seurs au moins 50,000 livres sterling (de droit d'auteur), « sans parler de la dépense de l'impression et du papier. « Ils soutenaient *que suivant la coutume* (*common law*) *et* « *la droite raison cette propriété était de même nature que la* « *propriété d'une maison ou tout autre avoir;* qu'enfin, si « les propriétaires du manuscrit n'avaient pas seuls la liberté « de l'imprimer, les libraires ne voudraient plus éditer les « bons livres que leur offriraient les auteurs, et que l'in- « certitude d'un gain légitime tournerait au grand préjudice « de la science et des lettres. »

Ce qui est remarquable dans cette pétition, c'est l'idée nette et précise que les imprimeurs anglais se font de la propriété littéraire. Pour eux c'est une véritable propriété, qui ne diffère en rien de toute autre. Ce qu'ils demandent au Parlement, ce n'est donc pas la reconnaissance du droit, l'établissement d'une institution nouvelle, mais simplement la protection plus efficace d'un droit reconnu par la coutume et la raison.

« Il n'y a qu'un acte du Parlement, dit une des pétitions, « qui puisse arrêter la violation d'un ancien et raisonnable « usage. Par la coutume (*common law*), un libraire ne peut

[1] Dans son édition de Stow's, *Survey of London*, citée par Lowndes, p. 31.

Digitized by Google

« obtenir une indemnité plus grande que le dommage « prouvé, mais il lui est impossible de prouver le dixième, « et peut-être même le centième du dommage qu'il souffre ; « car un millier d'exemplaires contrefaits peuvent être dis- « persés en des mains différentes par tout le royaume, et il « ne pourra pas prouver la vente de dix. En outre, le con- « trefacteur est presque toujours pauvre, et le plaignant « perd les frais du procès. Nulle personne considérable ne « fait et ne fera ce trafic. Le seul remède que donne la cou- « tume, c'est donc de traduire un mendiant devant le banc « du roi, ce qui ne l'empêchera pas de continuer impuné- « ment son métier. Aussi nous demandons que la confisca- « tion des exemplaires contrefaits soit une des pénalités « prononcées contre le contrefacteur [1].

15. On voulut donner satisfaction aux plaintes légitimes des éditeurs, et le 11 janvier 1709 (v. s.), M. Wortley (qui plus tard donna son nom à la célèbre lady Mary Wortley Montague) proposa à la Chambre des communes *un bill pour encourager la science et pour assurer la propriété des livres à ceux qui en sont les légitimes détenteurs*; c'est ce bill qui, devenu loi en 1710, figure parmi les statuts sous le chiffre de 8 Anne, c. 19, c'est-à-dire comme la dix-neuvième loi votée par le Parlement dans la huitième année du règne de la reine Anne [2].

« Considérant, dit la loi, que des imprimeurs, libraires, « et autres personnes ont pris dernièrement la liberté d'im- « primer, réimprimer, publier ou faire publier des livres « et autres écrits, sans le consentement des auteurs ou pro- « priétaires des susdits livres ou écrits, au très-grand dé-

[1] Lowndes, p. 31.

[2] Ce statut a été traduit par M. Regnault, *De la propriété littéraire*, p. 199 et suiv.

Digitized by Google

« triment de ces derniers, et trop souvent à leur ruine et à « celle de leurs familles; — qu'il est nécessaire de prévenir « de tels abus et d'encourager les hommes instruits à com- « poser et à écrire des livres utiles, il est ordonné :

« Que les auteurs ou cessionnaires de tout livre publié « après le 10 avril 1710[1] auront seul le droit de l'imprimer « et de le mettre en vente pour le terme de quatorze ans, à « dater de la publication, avec prolongation d'un nouveau « terme de quatorze années si l'auteur est encore vivant à « l'expiration du premier terme.

« Quiconque imprimera un livre dans la période susindi- « quée, sans le consentement du propriétaire, sera puni de « la confiscation des livres contrefaits, et d'une amende « d'un denier par chaque feuille; la moitié de l'amende ré- « servée à Sa Majesté, et l'autre moitié (non pas à l'au- « teur, mais) au dénonciateur (*informer*). »

La loi contenait, en outre, quelques dispositions importantes :

Elle ne protégeait la propriété, en punissant la contrefaçon de confiscation et d'amende, qu'autant qu'il y avait eu une *entrée* ou inscription régulière sur le registre de la Compagnie; le secrétaire de la Compagnie était obligé de faire cette inscription moyennant un droit de six deniers. En cas de refus, une insertion dans la *Gazette* valait inscription.

Toute action devait être intentée dans le délai de trois mois.

Si les livres étaient vendus à un prix déraisonnable, le lord archevêque de Cantorbéry, le lord gardien du grand sceau, le lord évêque de Londres, les lords grands-juges du banc de la reine et des plaids communs, le lord chef baron

[1] Pour les écrits publiés avant le 10 avril 1710, la loi donnait aux auteurs un privilége de vingt-un ans, à dater de la publication de la loi.

Digitized by Google

de l'Echiquier, les vice-chanceliers des deux Universités, avaient droit de recevoir les plaintes faites à ce sujet, et chacun d'eux pouvait régler le prix des livres, à peine d'une amende de cinq livres sterling par exemplaire, pour tout libraire qui désobéirait au règlement. Ce droit, qui a longtemps existé en Espagne, où le Conseil royal taxait le prix du livre à la feuille, a duré en Angleterre jusque sous Georges II[1].

Ce même statut obligeait les libraires à fournir aux bibliothèques y désignées neuf exemplaires en grand papier de chaque nouveau livre; charge fort lourde, quand les ouvrages étaient de grand prix, et dont on s'est plaint longtemps en Angleterre. Le statut de Charles II, dont nous avons parlé plus haut, ne demandait que trois exemplaires pour la bibliothèque du roi et les deux Universités; mais lors de la discussion du bill de 1710, on demanda dans la Chambre des communes deux exemplaires pour l'Université d'Edimbourg et le collége de Sion. Enfin, quand le bill fut porté à la Chambre des lords, les pairs écossais ne voulurent pas perdre une occasion si favorable d'enrichir leurs bibliothèques publiques, et ils exigèrent quatre exemplaires en plus pour l'Écosse.

Le statut n'est fait que pour protéger l'imprimerie anglaise et la propriété littéraire des nationaux; on n'y trouve donc aucune disposition qui défende l'importation ou la vente des livres grecs, latins, ou en langues étrangères, imprimés hors du royaume.

Telles étaient les principales dispositions de la loi qui, jusqu'en ces derniers temps, a garanti la propriété littéraire;

[1] Révoqué par le statut 12 Georges II, c. 36.

Digitized by Google

garantie bien insuffisante, comme on voit, et dont on se plaignit dès le premier jour.

16. Le statut avait bien réduit la contrefaçon intérieure, qui d'ailleurs (il faut rendre cette justice à l'honnêteté anglaise) fut toujours vue de mauvais œil, et qualifiée, dès le début, de son véritable nom, *piraterie (piracy)* ; mais à côté même de l'Angleterre, en Irlande[1] et en Hollande, s'étaient établis des ateliers de contrefaçon qui inondaient l'Angleterre de livres à bon marché. La vente s'en faisait publiquement. La confiscation de l'exemplaire et l'amende d'un penny par feuille n'étaient pas une peine assez forte pour décourager ce trafic aussi honteux que profitable. On essaya d'y remédier et, sous le règne de Georges II, une loi défendit l'importation de tout livre imprimé en Angleterre dans les vingt années précédentes, sous peine de confiscation des exemplaires, de cinq livres sterling d'amende, et du double prix de tout exemplaire importé ou vendu[2].

Cet acte arrêta l'importation des contrefaçons irlandaises, mais il n'empêcha pas les Irlandais d'imprimer et de vendre dans leur pays, à leur profit, et sans payer les droits d'auteur, tous les livres anglais de leur convenance. Voici ce qu'écrivait, en 1753, Richardson, l'auteur et l'imprimeur de *Clarisse*, de *Paméla*, de *Grandisson*, ces romans qui charmaient nos pères, et qu'on lit encore avec plaisir aujourd'hui.

« C'est la coutume des libraires irlandais de rivaliser en-
« tre eux à qui le premier s'emparera d'une réimpression
« anglaise, et heureux celui qui peut avoir un agent en
« Angleterre, pour en recevoir l'ouvrage qu'on croit de
« bonne vente, aussitôt qu'il est imprimé ou prêt à être pu-

[1] Le statut ne s'appliquait pas à l'Irlande, qui avait ses lois particulières.
[2] Lowndes, p. 39.

Digitized by Google

« blié. Les auteurs anglais ne leur ont jamais contesté cette « singulière propriété, et les libraires irlandais regardent « entre eux la priorité comme un titre suffisant, quoique « de temps en temps, comme les journaux de Dublin nous « l'attestent, il se trouve quelque loup qui mange son sem- « blable... S'il n'y a pas de loi pour protéger l'éditeur et le « propriétaire de ce nouveau livre (Grandisson) — nouveau « dans tous les sens du mot, — on se résignera, mais avec « l'espoir qu'on sentira la nécessité d'une loi qui assure « aux auteurs le fruit de leurs labeurs. A présent, si l'on « considère les pratiques et les atteintes des imprimeurs et « des libraires irlandais, on peut dire que les écrivains an- « glais vivent dans le siècle de la *liberté*, mais non pas assu- « rément dans celui de la *propriété*. »

17. Nous avons vu que le statut 8 Anne, c. 19, garantissait le droit des auteurs pendant au moins quatorze années; mais de quelle nature était cette garantie? La loi créait-elle un droit nouveau qui n'existait pas avant elle, ou tout simplement établissait-elle une pénalité plus sévère pour en fortifier, pendant un certain laps de temps, un droit qui devait retomber un jour sous l'empire de la loi commune? En d'autres termes, la propriété littéraire était-elle un privilége qui devait sa naissance à la loi et qui finissait au jour qu'elle avait fixé, ou bien était-ce une véritable propriété perpétuelle et qui survivait à la protection passagère des statuts? C'est là une question qui partagea un moment les jurisconsultes les plus célèbres de l'Angleterre, et à cette occasion on étudia sérieusement la nature et le caractère du droit de propriété littéraire. Il y a donc là pour nous, malgré près d'un siècle écoulé, une étude intéressante et qui n'a rien perdu de son à-propos.

18. Voici comment la difficulté se présenta et le point

Digitized by Google

sur lequel les juges anglais furent appelés à prononcer un arrêt, resté célèbre dans la jurisprudence britannique, et connu sous le nom d'*affaire Millar contre Taylor*[1].

En 1729, le libraire Millar achète de Thompson la propriété du poëme des *Saisons*, qui avait été publié l'année précédente. En 1763, Taylor, le défendeur, imprime une édition des *Saisons*; Millar l'actionne à fin de dommages-intérêts, non point en vertu du statut (le droit conféré par le statut avait expiré en 1757), mais en vertu de la coutume, du *droit commun*.

Il y avait dans ce procès une double question à décider :

1° Existe-t-il un droit véritable de propriété littéraire, qui, suivant le droit commun, puisse être considéré et protégé comme toute autre propriété ?

2° En supposant que ce droit de propriété existe, n'a-t-il pas été limité dans sa durée par le statut 8 Anne, 19?

Sur le premier point, Taylor et ses avocats, qui niaient l'existence d'un droit véritable, et qui ne voyaient dans la propriété littéraire qu'un privilége bénévolement accordé par la générosité de la loi, firent valoir tous les arguments qu'on a employés de nos jours pour dénier aux auteurs le droit de vivre de leur travail et de leur pensée.

Pour être admis à réclamer la propriété d'une chose, disaient-ils, il faut que cette chose ait certaines qualités qui en rendent l'appropriation possible. Il faut que ce soit *une chose corporelle, susceptible d'occupation ou de possession, qu'on puisse marquer d'un signe distinctif, dont on puisse jouir seul et à l'exclusion d'autrui.* Ce qu'on nomme la propriété littéraire ne réunit aucun de ces caractères.

Ce n'est pas une chose corporelle qui en est l'objet; car ce

[1] The case of Millar *versus* Taylor.

Digitized by Google

qu'on réclame, ce n'est point le papier ni l'impression, mais les idées contenues dans le livre, qui sont intangibles et incorporelles.

Elle n'est pas susceptible d'occupation ou de possession; car pour que l'occupation ou la possession puisse exister, il faut une époque où cette prise de possession commence. Où commence le droit de l'auteur? Est-ce au moment où il conçoit son idée, ou seulement quand il l'a mise en écrit, ou enfin quand il l'a publiée? Dans les deux premiers cas il serait absurde de soutenir qu'il a un droit de préférence sur ceux qui ont pu avoir une idée semblable, et qu'il peut les empêcher de la publier; dans le dernier cas, il semble étrange de dater la propriété *privée* du moment où on la rend *publique*. Et d'ailleurs, tant de gens qui n'ont pas vu un livre n'ont-ils pas autant de droit de formuler leur pensée que celui qui le premier a eu une pensée semblable?

Elle n'a point de signes caractéristiques du domaine; car, quel cachet, quel sceau de propriété un homme peut-il attacher à des idées? Comment signifier au monde qu'on se les est appropriées, puisque des idées ne comportent pas de possession actuelle ou visible?

On n'en peut avoir la jouissance exclusive; car un auteur n'a plus de puissance sur ses idées, une fois qu'elles sont publiées; dès lors elles appartiennent à tous, comme l'air, comme l'eau. C'est une chose commune et qui, à ce titre, ne comporte point d'usage privilégié.

Tels sont les raisonnements allégués il y a un siècle contre la propriété littéraire, et qui, au fond, ne diffèrent pas de ceux qu'on met en avant aujourd'hui. On confond perpétuellement l'*idée* qui, une fois émise, appartient à tous, avec la *forme* donnée à l'idée, qui est l'œuvre du génie in-

Digitized by Google

dividuel et qui constitue une véritable propriété; car, pour parler avec les jurisconsultes anglais, elle est tangible, susceptible de possession et nettement caractérisée. L'*idée* d'une tragédie, de Cinna, de Britannicus, par exemple, appartient à tout le monde, une fois que Corneille ou Racine ont produit leurs chefs-d'œuvre; chacun peut reproduire et peindre à son gré la clémence d'Auguste ou la cruauté de Néron; mais la *forme* appartient tout entière au poëte; et celui qui réimprime leurs vers à son profit est un homme qui enlève le fruit du travail, qui viole une véritable propriété, qui, en deux mots, fait un acte que le Code pénal est chargé de qualifier et de punir.

19. Sur le second point, c'est-à-dire sur la question de savoir si le statut n'avait pas limité la durée du droit des auteurs, quelle que fût sa nature, la défense était bien plus assurée, car il fallait une interprétation un peu subtile pour supposer que la loi limitait non pas la propriété, mais une certaine garantie donnée à la propriété; et la durée même de la protection, quatorze ans, semblait indiquer le privilége[1]. Du reste, on ne se faisait pas faute de ce grand argument de l'utilité générale, qui dépouille les auteurs dans l'intérêt de la postérité. On disait aussi qu'à reconnaître une propriété perpétuelle, on laissait les éditeurs maîtres de supprimer complétement les meilleurs écrivains; que ce *monopole éternel* permettrait aux libraires de demander un prix considérable pour des livres utiles, et priverait le genre humain d'un usage qui était précisément ce que l'auteur s'était pro-

[1] Shakspeare, dans une de ses comédies, *Twelfth-Night, or What you will*, act. IV, sc. I, fait allusion aux priviléges ou monopoles de quatorze ans, qu'on obtenait au moyen d'un bon rapport assez souvent payé. « *These wise men, that give fools money, get themselves a good report* after fourteen years *purchase.* »

Digitized by Google

posé en écrivant; toutes raisons qu'on pourrait peut-être opposer aux détenteurs héréditaires d'une vigne ou d'un champ, de façon tout aussi spécieuse et tout aussi peu solide.

20. La cause plaidée devant le banc du roi, trois juges sur quatre [1], et parmi ces trois juges était le célèbre lord Mansfield, la gloire et l'oracle de son siècle, se prononcèrent en faveur de la propriété de droit commun, c'est-à-dire de la propriété perpétuelle des auteurs. Blackstone, qui publia vers cette époque ses *Commentaires sur les lois d'Angleterre*, livre resté classique et qu'on n'a pas surpassé, a résumé les arguments qui amenèrent lord Mansfield à rendre cette décision libérale. Malheureusement pour les auteurs, elle ne devait pas figurer longtemps dans la jurisprudence anglaise.

« Il y a, dit Blackstone [2], une autre espèce de propriété, « qui (si toutefois le droit commun la reconnaît), étant fon- « dée sur le travail et l'invention, peut se ramener au chef « de l'occupation plus aisément qu'aucune autre; puisque « le droit d'occupation lui-même, suivant M. Locke et « beaucoup d'autres, est fondé sur le travail personnel de « l'occupant. Tel est le droit qu'on peut attribuer à un au- « teur sur ses compositions littéraires, si bien que nulle « autre personne ne puisse, sans sa permission, en publier « des copies ni en tirer profit.

« Quand un homme, par l'effort de son intelligence, pro- « duit une œuvre originale, il semble qu'il a un droit évi- « dent de disposer, comme il l'entend, de cette œuvre « identique, et tout ce qui tend à changer la disposition

[1] Le juge opposant était M. Yates. Burrow, *Reports*, t. IV, p. 2380, 1.

[2] Commentaries on the laws of England, B. II, ch. XXVI. *On title to things personnal by occupancy*, § 8.

Digitized by Google

« qu'il en a faite paraît une invasion de son droit. Or, l'i-
« dentité d'une composition littéraire consiste entière-
« ment dans le *sentiment* et le *langage;* les mêmes con-
« ceptions, revêtues des mêmes expressions, sont nécessai-
« rement la même composition ; et quel que soit le moyen
« employé pour faire parvenir cette composition à l'o-
« reille ou à l'œil d'autrui, récit, écriture ou impression;
« quel que soit le nombre des copies ou le temps choisi, c'est
« toujours l'œuvre identique de l'auteur qui est ainsi repré-
« sentée ; et personne (on l'a pensé [1]) ne peut avoir le droit
« d'en agir ainsi, surtout à son profit, sans le consentement
« de l'auteur. Peut-être ce consentement peut-il être donné
« tacitement à tout le genre humain, quand un auteur laisse
« publier son livre par la main d'autrui, sans réclamer ou
« réserver son droit, sans y imprimer aucune marque de
« propriété; c'est un présent fait au public, comme la con-
« struction d'une église, d'un pont, l'ouverture d'une voie
« nouvelle; mais dans le cas où l'auteur vend un seul exem-
« plaire, ou concède entièrement son droit *(the copyright)*,
« il a été admis, dans le premier cas, que l'acheteur n'a pas
« plus le droit de multiplier les copies de ce livre pour les
« vendre, qu'il n'a le droit d'imiter, dans le même but, le
« billet qu'il a acheté pour entrer à l'Opéra ou au concert;
« et dans le second cas, que la propriété tout entière, avec
« tous ses droits exclusifs, était transmise à perpétuité au
« cessionnaire.

« D'un autre côté, on prétend que, bien que la pro-
« priété exclusive du manuscrit et tout ce qu'il contient
« appartienne indubitablement à l'auteur, *avant* l'impression
« et la publication ; cependant, dès l'instant de la publica-

[1] C'est une allusion à l'opinion de lord Mansfield.

Digitized by Google

« tion, le droit exclusif de l'auteur ou de ses représentants « à la communication exclusive de ses idées s'évanouit et « s'évapore immédiatement, comme étant un droit d'une « nature trop subtile, trop immatérielle, pour devenir le « sujet de la propriété suivant le droit commun, et n'étant « susceptible d'être défendue que par des statuts positifs « et la protection spéciale des magistrats. »

21. Quelques années plus tard, en 1774, la même question fut portée par appel devant la Chambre des lords, dans l'affaire Donaldson contre Becker. Les douze juges d'Angleterre réunis, lord Mansfield s'abstint par délicatesse, tout en gardant son opinion (l'usage ne permet pas qu'un pair défende devant la Chambre le jugement qu'il a rendu en première instance, et comme magistrat); des onze juges restant, huit furent d'avis que, suivant le droit commun, les auteurs avaient un véritable droit de propriété sur leurs écrits; mais, à la majorité de six contre cinq, ils décidèrent que la jouissance des auteurs avait été abrégée par le statut de la reine Anne, et qu'après le terme fixé par la loi, il n'y avait plus de remède légal contre la violation du droit; décision d'une subtilité toute romaine. Ce fut cette opinion qu'adoptèrent les lords et qui fixa désormais la jurisprudence. Elle avait contre elle l'autorité de Blackstone, qui vota avec la minorité, et elle ne triompha qu'à la majorité d'une voix et par l'abstention de lord Mansfield [1].

22. Cette décision imprévue effraya les éditeurs, et ils présentèrent immédiatement une pétition à la Chambre

[1] Je renvoie ceux que la question peut intéresser aux *Reports* de Burrow, édition de 1822 (vol. IV, p. 2310 et suiv.); ils y verront exposés tout au long les arguments des juges du banc du roi dans l'affaire Millar *v.* Taylor, et les opinions des autres magistrats dans l'affaire Donaldson *v.* Becker.

Digitized by Google

des communes, pour exposer qu'ils n'avaient jamais entendu que le statut de la reine Anne les privât du droit que leur assurait le droit commun; qu'ils avaient continué d'acheter des manuscrits, dans la confiance qu'ils acquéraient une véritable propriété; que le jugement du banc du roi les avait confirmés dans cette opinion et les avait enhardis à mettre des sommes considérables en droits d'auteurs; mais que la décision de la Chambre des lords les ruinait, si l'on ne venait à leur secours.

On écouta favorablement cette demande, et un bill qui devait relever la condition des libraires et des écrivains fut présenté, en mai 1774, à la Chambre des lords et soutenu avec vivacité par lord Lyttleton, homme d'un esprit assez brillant et assez vif pour qu'on ait pu, avec une certaine apparence, lui attribuer les fameuses lettres de Junius[1]. Lord Lyttleton se fit le défenseur des écrivains contre lord Camden et le chancelier Apsley; il dit qu'il avait des lettres du docteur Roberston, de M. Hume, etc., en faveur du bill; que le prix donné par les libraires pour le *Voyage d'Hawkesworth* était la preuve évidente qu'ils croyaient avoir un véritable droit de propriété; qu'il ne demandait pas que la Chambre revînt sur une décision récente, mais seulement qu'elle vînt au secours d'hommes qui, depuis 1769, avaient employé plus de 60,000 livres sterling en achats de manuscrits. *On ne doit pas*, dit-il noblement, *on ne doit pas dénier aux auteurs leur libre part dans les droits communs de l'humanité, et leur propriété est sûrement aussi sacrée et mérite autant de protection que celle de tout autre sujet*[2].

[1] *Quarterly Review*, n° CLXXIX, décembre 1851.
[2] Lowndes, p. 59.

Digitized by Google

Lord Camden attaqua la proposition par des arguments de légiste et par de magnifiques *non senses*, qui depuis un siècle défrayent les adversaires de la propriété littéraire. Il fit aux lords un point d'honneur de ne pas revenir, comme législateurs, sur l'arrêt qu'ils avaient rendu comme juges; moyen facile, mais peu loyal, d'emporter une décision, en soulevant la passion ou la vanité d'une assemblée; puis, dans une péroraison aussi creuse que sonore, il déclara que la gloire était le seul but des auteurs, et qu'il était inutile et bas de leur supposer un autre intérêt que celui de l'immortalité. « La gloire, dit-il, est la récompense des lettres, « et ceux qui la méritent dédaignent toute autre vue. Je « ne parle pas de ces écrivailleurs faméliques, qui fa- « tiguent la presse de leurs pitoyables productions. Qua- « torze ans sont un trop long privilége pour leurs périssables « rapsodies. Ce n'était point pour faire fortune que Bacon, « Newton, Milton, Locke instruisaient et charmaient le « monde. Quand le libraire offrit à Milton 5 livres pour le « *Paradis perdu*, Milton ne le repoussa point, ne jeta pas « son poëme au feu, pas plus qu'il n'accepta ce misérable « denier comme la récompense de son labeur; il savait que « le prix réel de son œuvre c'était l'immortalité, et que ce « prix, la postérité le lui payerait [1] ! »

On enlève une assemblée avec ces généreuses paroles, qui coûtent si peu à celui qui les prononce; mais quand de sang froid on les examine, combien ne trouve-t-on pas plus de sens et de profondeur dans ces simples mots de Dryden, un auteur des plus célèbres, des plus populaires, mais qui savait par expérience qu'on ne vit pas toujours de gloire, et qui reprochait éloquemment à ses contemporains une

[1] Christian, notes sur Blackstone, *loc. cit.*

Digitized by Google

indifférence coupable à l'endroit de ceux qui font tant pour l'humanité. « Singulière et constante ingratitude des « hommes! disait-il; ceux qui enseignent la sagesse par « les plus sûrs moyens vivront donc toujours pauvres et « sans considération, comme s'ils étaient nés seulement « pour le public, sans intérêt à leur propre bien-être, et « faits, comme les cierges, pour éclairer et se consumer au « service d'autrui [1]! »

23. Le bill fut rejeté, et le statut de la reine Anne devint ainsi la seule loi de la propriété littéraire. Mais cette décision des lords eut pour effet d'inquiéter les intérêts de la librairie, et de toutes parts on songea à demander la réforme d'une législation qui ne donnait aux droits de l'intelligence qu'une insuffisante protection.

Ce furent d'abord les Universités qui s'adressèrent au Parlement, pour la défense de leurs propriétés; ces puissants corps, qui tenaient aux deux Chambres par les liens les plus forts et les plus durables, obtinrent facilement pour elles une justice qu'on refusait aux autres. Le statut 15 Georges III, c. 53, reconnut aux deux Universités d'Angleterre, aux quatre Universités d'Ecosse et aux colléges d'Eton, Westminster et Winchester, la propriété perpétuelle de tous les ouvrages qu'on leur avait donnés ou qu'on leur donnerait à l'avenir pour favoriser les progrès de la science et de l'éducation [2], et protégea ce monopole, qui dure encore aujourd'hui, par les pénalités du statut de la reine Anne.

Ce ne fut qu'en 1801 qu'on se décida à protéger avec un

[1] Lowndes, p. 108.

[2] Le même privilége fut donné au collége de la Trinité de Dublin, par le statut 41 Georges III, c. 107.

Digitized by Google

peu plus d'efficacité le droit des auteurs et des éditeurs. Le statut 41 Georges III, cap. 107, conserva, il est vrai, la durée de jouissance de quatorze et vingt-huit ans, mais il améliora la condition des éditeurs, d'une part, en appliquant à l'Irlande la loi de la propriété littéraire, de l'autre, en introduisant une procédure plus courte et plus sûre, et en donnant à l'auteur ou à ses représentants une action spéciale, afin de dommages-intérêts et de condamnation aux frais de l'instance contre tout contrefacteur et tout vendeur d'édition contrefaite; les livres saisis devaient être mis au pilon, et l'amende par chaque feuille saisie fut portée à trois deniers, pourvu, toutefois, que l'éditeur légitime eût fait inscrire son livre sur le registre de la communauté des *stationers*. L'importation des livres imprimés pour la première fois dans la Grande-Bretagne dans les vingt années précédentes, fut défendue sous peine de confiscation, d'une pénalité de 10 livres sterling, et du payement d'une somme double du prix des livres saisis. C'était faire un peu meilleure la condition des éditeurs, mais rester bien en deçà de la justice et de l'opinion.

24. Ce statut rendait plus sensible un abus dont se plaignaient les éditeurs et qui, indirectement, amena une réforme nouvelle. Nous avons vu qu'en 1710 on avait exigé des libraires neuf exemplaires pour diverses bibliothèques publiques d'Angleterre et d'Ecosse; en 1801 on demanda deux exemplaires de plus pour l'Irlande. C'était une énorme charge pour les libraires quand ils publiaient des éditions chères, illustrées, tirées à petit nombre. Pour un ouvrage du prix de 50 guinées, c'était une perte de près de quatorze mille francs [1]; aussi ces livres

[1] Lowndes, p. 76.

Digitized by Google

de prix, dont on ne craint guère la contrefaçon, les éditeurs évitaient-ils de les faire enregistrer, espérant ainsi échapper à une obligation trop lourde, et ce ne fut qu'en 1811 que la jurisprudence se prononça contre eux et le força de s'exécuter [1].

Les Universités qui souffraient de la résistance des éditeurs, et qui se trouvaient privées des livres les plus chers, c'est-à-dire de ceux-là mêmes qu'elles désiraient le plus vivement posséder et qu'elles étaient le moins disposées à acquérir, firent présenter en 1808 un bill au Parlement, qui devait tout à la fois assurer leur droit et indemniser les éditeurs, en prolongeant la durée de jouissance que la loi reconnaissait. Il n'y avait nulle raison pour faire de la vie ou de la mort d'un auteur une condition de la durée de son droit. C'était encourager les œuvres hâtives au préjudice des œuvres sérieuses; c'était, comme on le fit justement remarquer, refuser la protection de la loi à ces monuments qui sont le produit d'une vie de travail, et que le public ne comprend et n'estime qu'après s'en être longtemps servi, comme les livres d'Adam Smith ou le dictionnaire de Samuel Johnson. Rien ne semblait donc plus légitime que de donner un terme uniforme au droit des auteurs; on proposa vingt-huit ans [2].

Le bill présenté par M. Villiers fut habilement défendu par sir Samuel Romilly, qui fit valoir, en faveur de la propriété littéraire, une considération politique des plus justes et des plus profondes. C'est que la reconnaissance de ce droit, les légitimes avantages qui en découlent, abolissent ce système de patronage qui tient la pensée humaine

[1] Lowndes, p. 68.
[2] Lowndes, p. 66.

Digitized by Google

dans la dépendance de quelques individus, font du public le seul Mécène de la littérature, et rendent aux lettres cette indépendance de sentiment et de pensée, sans laquelle elles ne sont qu'un futile amusement et trop souvent un instrument de despotisme et de corruption.

25. Néanmoins, et malgré le mérite de ses défenseurs, ce ne fut qu'en 1814 que le bill, adopté dans les deux Chambres et sanctionné par le roi, devint le statut 54 Georges III, ch. 156. Cette loi allégea l'obligation des éditeurs, qui ne furent plus tenus qu'à fournir des exemplaires ordinaires au lieu d'exemplaires en grand papier (le British muséum excepté), et seulement sur demande écrite. On espérait que les Universités et les colléges mettraient sans doute quelque modération dans leur demande; mais les plaintes des libraires devenant plus vives, à mesure que le développement de leur commerce leur rendait plus lourde cette charge de onze exemplaires, on vint à leur secours en 1836, et le statut 6 et 7 Guillaume IV, c. 110, réduisit à cinq le nombre des exemplaires exigés, un pour le British muséum, deux pour Oxford et Cambridge, un pour Edimbourg, et le dernier pour le collége de la Trinité à Dublin.

Quant au droit des auteurs, le statut de Georges III en porta la durée à vingt-huit ans, et décida en outre que si l'auteur était vivant à l'expiration de ces vingt-huit années, on lui laisserait la propriété de ses livres jusqu'à sa mort. La contrefaçon fut punie par des dommages-intérêts, la condamnation au double des frais du procès, la confiscation et la destruction des ouvrages saisis, et une amende de trois deniers par feuille, moitié pour la couronne et moitié pour le poursuivant. L'inscription de tous les livres, excepté les *Magazines* (dont il suffit de faire enregistrer le

Digitized by Google

premier numéro), fut exigée sous peine d'une amende de 5 livres sterling, et la valeur de onze exemplaires; mais il fut spécifié que le défaut d'inscription ne ferait point perdre le droit de propriété et exposerait seulement à l'amende.

Sous Guillaume IV, on étendit les dispositions du statut à deux espèces de compositions qui ne semblaient pas comprises sous la protection de la loi; les pièces de théâtre (3, Will. IV, c. 15) et les leçons publiques (5 et 6 W. IV, c. 65), deux points sur lesquels nous reviendrons quand nous expliquerons le statut en vigueur aujourd'hui.

Telle était la condition peu favorable des auteurs dans la Grande-Bretagne, quand en 1837 un membre des communes, M. Talfourd, entreprit avec un courage et un talent remarquable la défense d'une cause qui ne pouvait trouver un avocat plus habile et plus dévoué.

§ 3. — La motion de M. Talfourd.

26. M. Talfourd, ou, comme on le nomme en Angleterre, *Sergeant Talfourd* [1], est doublement célèbre comme jurisconsulte et comme écrivain. Des articles littéraires, publiés principalement dans le *New Monthly Magazine*, ont permis d'apprécier toute la finesse de son esprit [2], et la tragédie classique d'*Ion*, son chef-d'œuvre, a fait événement dans l'histoire du théâtre anglais. Avocat et poëte, à ce double titre M. Talfourd était naturellement désigné pour soutenir la cause de l'intelligence; aussi l'opinion accueillit-elle avec une faveur singulière la proposition qu'il fit en 1837, au

[1] Le *sergeant at Law* est un avocat privilégié, qui seul peut plaider en la Cour des plaids communs. Ce titre que donne le lord chancelier, n'a guère d'équivalent en français.

[2] Ces articles ont été réunis dans les *Essays*. Voyez *supr*. p. 134, n. 1.

Digitized by Google

lendemain du succès d'*Ion*, dans toute la popularité d'un premier et éclatant triomphe. Son discours, prononcé à la Chambre des communes le 18 mai 1837, est nourri de faits, comme on devait l'attendre d'un légiste expérimenté; mais en même temps on y trouve l'éloquence d'un homme qui aime sincèrement les lettres et qui en sent tout le prix. J'en traduis les passages les plus remarquables, ceux du moins qui m'ont paru le mieux démontrer la légitimité de la propriété littéraire, et qui décidèrent sans doute le vote favorable du Parlement :

27. « Quoique je ne voie aucune raison pour ne pas rendre « aux auteurs l'héritage dont on les a dépouillés, sous pré- « texte *de protection et d'encouragement* [1], je sens que la « question a été traitée depuis trop longtemps comme un « compromis entre ceux qui nient que les créations de « la fantaisie ou les œuvres de la raison puissent être « l'objet d'une propriété, et ceux qui pensent que la pro- « priété doit durer aussi longtemps que vivent les œuvres « qui contiennent la vérité et la beauté, pour ne pas pro- « poser encore aujourd'hui de traiter sur le pied d'un com- « promis, et je me déclare satisfait si j'obtiens des cond- « tions meilleures que celles du dernier acte du Parlement. « Je demande que la durée de la propriété littéraire soit de « 60 ans après la mort de l'auteur; ce qui permettra du « moins à l'écrivain, tout en s'occupant d'instruire et de « charmer les âges à venir, de voir qu'il laisse dans ses livres « mêmes un héritage à ceux dont un devoir plus proche, si- « non plus élevé, lui ordonne de s'occuper, un héritage qui « lui rendra *la mort moins terrible*... Quand les adversaires de « la propriété littéraire parlent de la gloire, comme la ré-

[1] Ce sont les expressions du statut de la reine Anne.

Digitized by Google

« compense du génie, ils font un usage peu généreux de « la noblesse même de cet instinct, et montrent combien « peu ils ont profité de ce grand exemple. Quand Milton, « pauvre et aveugle, nourrissait la flamme de son enthou- « siasme divin par la certitude que son œuvre durerait au- « tant que la langue, je crois avec lord Camden qu'il ne « songeait point que la vente de son poëme pût donner « une fortune; mais certainement une ombre eût passé « sur le *rêve transparent et la vision solennelle* de sa gloire « future, s'il eût vu que tandis que les libraires rivalise- « raient de magnificence ou de bon marché pour mettre « son chef-d'œuvre à la portée de tous ceux qui l'admirent, « le seul reste de sa race, une femme, serait tirée de l'ab- « jection et du besoin, seulement par la charité de Garrick, « de Garrick qui, à la prière de Johnson, donna pour elle « un bénéfice sur ce théâtre, qui s'était approprié tout ce « qu'on pouvait représenter de Comus[1]. La libéralité du « génie est sûrement mal choisie pour en faire l'excuse du « déni que nous faisons de ses droits... Quelle justice est « cela? Est-ce ainsi que nous récompensons nos héros? « Avons-nous dit à nos Marlborough, à nos Nelson, à nos « Wellington, que la gloire était leur récompense, qu'ils « s'étaient battus pour la postérité, et que la postérité les « payerait? Ce n'est pas assez pour nous de cette froide et « incertaine reconnaissance; ce n'est pas assez non plus pour « nous de les laisser jouir des fruits de leur victoire,—ce que « nous refusons à l'auteur,—nous exprimons nos sentiments « de gratitude et de fierté sous la forme d'un don national, « montrant ainsi aux siècles à venir, par la preuve maté- « rielle de notre reconnaissance, ce que nous avons pensé et

[1] Le *Comus* est une comédie pastorale (*a mask*) de Milton.

Digitized by Google

« ce qu'ils doivent penser de ces hauts faits. Est-ce que nos « Shaskspeare, est-ce que nos Milton ont été moins que nos « héros la gloire de leur pays, les bienfaiteurs de l'huma- « nité? Est-ce que l'exemple serait moins encourageant si « nous leur permettions de jouir des fruits de leurs victoires « pacifiques, si nous accordions à leurs descendants, non « point un impôt établi par la reconnaissance d'aujour- « d'hui et qui grèvera l'avenir, mais simplement la rede- « vance que cet avenir sera heureux d'acquitter, redevance « qui s'agrandira selon que s'étendra le cercle de leur « gloire, que ne payeront que ceux qui en recueillent « individuellement le bienfait, heureux tout à la fois de « jouir d'un grand homme et de le récompenser!

28. « Il y a quelque chose de particulièrement injuste à « fixer la durée de la propriété au terme de la vie d'un au- « teur, s'il dépasse cette courte période de vingt-huit ans. « C'est refuser à l'âge et à l'expérience la récompense pro- « bable qu'on donne à la jeunesse; c'est donner une prime « à la précipitation, et dire à l'homme laborieux qui s'épuise « dans l'achèvement d'un travail *que le monde ne laissera « pas volontiers mourir*, que plus il dévouera sa vie à la per- « fection de son œuvre et moins il en recueillera les fruits. « C'est arrêter la récompense au moment où elle est le plus « nécessaire, quand la bonté de la nature tirerait de la der- « nière calamité un soutien et une consolation pour ceux « qui survivent. Au moment où le nom de l'auteur reçoit le « suprême intérêt que donne la mort, quand ses bizarreries « ou ses faiblesses cessent d'exciter le sourire ou le dédain, « quand le dernier sceau est sur sa vie terrestre, et que ses « livres prennent leur place parmi les classiques du pays, « c'est alors que votre loi déclare que ses écrits devien- « nent votre propriété, et vous le récompensez en confis-

Digitized by Google

« quant le patrimoine de ses enfants. Nous blâmons les « erreurs et les excès du génie, et nous les attribuons, sou- « vent avec raison, à l'étrangeté de sa nature; mais si « le génie, en preuve de son élément divin, donne des « fruits abondants quand la carrière de son fragile posses- « seur est achevée, de quel droit le public insulte-t-il ses « descendants, avec ses aumônes et sa pitié? Quel droit « avons-nous de faire de la morale à propos des excès de « Burns, et d'insulter sa mémoire par des honneurs donnés « par charité, quand nous profitons de sa mort prématurée « pour avoir ses œuvres à vil prix? Ou pour citer un exemple « où la plus haute puissance intellectuelle a été associée à « l'excellence morale la plus noble, quel droit avons-nous « d'être fiers de quelque souscription misérable et insuffi- « sante pour conserver Abbotsford à la famille de son grand « auteur (Abbotsford, son roman de pierre et de mortier, « mais qui n'est pas plus particulièrement son œuvre que « ces cent monuments que des mains humaines n'ont « point faits, mais qu'il a élevés et peuplés pour le charme « du genre humain), tandis que nous nous approprions le « profit de ses premiers poëmes, et que nous anticipons les « quelques années après lesquelles ses romans seront à nous « sans redevance à payer, et avec pleine liberté pour chacun « d'en abuser à son gré? Voilà l'exemple pris d'un homme « que les rois et le peuple étaient heureux d'honorer! Mais « voyez un autre spectacle; celui d'un homme de génie et « d'honneur, qui a reçu de ses contemporains l'insulte et « l'injure, et qui n'obtient de la postérité rien qu'un nom. « Regardez Daniel de Foë; voyez-le pilorié, failli, usant sa vie « pour payer ses créanciers, et mourant dans la lutte, et voyez « ses livres vivants, imités, altérés, et cependant repoussant la « souillure, non point par la protection de la loi, mais par

Digitized by Google

« leur propre et pure essence. Si chaque écolier dont la « jeune imagination a été animée par son grand ouvrage, et « dont le cœur a battu dans cette solitude étrange et cepen- « dant familière que Daniel a créée, avait donné le demi- « penny du statut de la reine Anne, il n'y aurait pas eu de « misère pour ses enfants, ni besoin d'une souscription pour « élever une statue à sa mémoire! »

29. La motion, défendue avec tant de chaleur et d'élévation, fut accueillie avec faveur par la Chambre; malheureusement la mort du roi empêcha d'y donner suite. M. Talfourd représenta sa proposition l'année suivante, mais il rencontra une opposition formidable de la part des libraires. L'un d'entre eux, membre du Parlement, M. Tegg, se fit l'organe de leurs inquiétudes. Jusque-là toutes les lois avaient été faites pour les éditeurs, pour la première fois on songeait, avant tout, aux auteurs; les libraires craignaient un renchérissement de droits, qui, naturellement, n'était pas de leur goût.

Les arguments des éditeurs étaient ces lieux communs qu'on rencontre toujours dans la question; reconnaître une longue propriété littéraire, c'était augmenter le prix des livres, permettre aux héritiers de les retirer de la circulation, s'opposer à la diffusion des lumières, récompenser les auteurs bien au delà de leur mérite et de leurs efforts par un monopole injuste et exorbitant. La réponse de M. Talfourd est catégorique sur ce point.

« Nous ne pouvons pas décider cette question abstraite « du rapport qui doit exister entre le génie et l'argent, parce « qu'il n'existe pas de propriété commune au moyen de la- « quelle nous puissions le saisir; mais il est facile de ré- « pondre à cette question : Combien un auteur doit-il « recevoir? — Autant que ses lecteurs voudront bien lui

Digitized by Google

« donner. Quand nous disons qu'il a acquis une im-
« mense richesse par ses écrits, que disons-nous, sinon
« qu'il a multiplié les sources de plaisir pour des lecteurs
« innombrables, et qu'il a éclairé des milliers d'heures per-
« dues sans lui dans la tristesse, l'ennui ou la débauche?
« Les deux propositions sont identiques; la preuve de l'une
« est la preuve de l'autre... Un des principaux opposants
« de ce bill, le pionnier de cette noble armée d'éditeurs,
« libraires, imprimeurs et relieurs qui se sont enrôlés
« contre la loi, s'est plaint qu'en choisissant l'exemple de
« sir Walter Scott pour prouver qu'il serait juste d'étendre
« la durée de la propriété littéraire, j'avais eu la main sin-
« gulièrement malheureuse, parce que ce grand écrivain,
« sous l'empire du droit existant, a tiré un revenu sans pa-
« reil de la vente immédiate de ses écrits. Mais, mes-
« sieurs, *ce n'est point ici une question de récompense, mais*
« *une question de justice*. Mon adversaire approuverait-il
« l'application d'une règle semblable à son industrie? Parti
« de bas, cet éditeur, dans un commerce honorable sans
« doute, a acquis une fortune splendide, gagnée par la vente
« de livres qui sont la propriété du public, — de livres dont
« les auteurs ont été dans la tombe se reposer des fièvres,
« des désappointements, des jalousies qui attendent la vie
« pénible de l'homme de lettres. Qui lui conteste sa for-
« tune? qui doute de son droit de la conserver? Et cepen-
« dant, suivant le raisonnement des éditeurs, cette fortune
« est tout entière, jusqu'au moindre denier, prise au pu-
« blic; c'est le profit fait sur des livres achetés par le pu-
« blic, l'accumulation de *pence* qui, si l'on vendait les
« livres sans profit, resteraient dans la poche de l'acheteur.
« Sur quelle raison se fonde M. Tegg pour retenir ce qu'il
« refuse à sir Walter? Un mérite supérieur? une peine plus

Digitized by Google

« grande? un service plus considérable rendu au public?
« Sa carrière, je n'en doute pas, a été celle d'un commer-
« çant honnête et laborieux; mais quelles ont été ses anxié-
« tés, comparées au labeur effrayant, à l'agonie prolongée
« de celui qu'une alliance mortelle avec ces industries qui
« me combattent aujourd'hui[1], que la noble résolution
« d'allier l'intégrité la plus sévère avec le génie le plus élevé,
« ont conduit à une tombe prématurée, une tombe qui, par
« la faute de la loi, glace d'un froid mortel le fruit de ses
« labeurs et dépouille ceux qui sont restés pour le pleurer?
« Voyez cette lutte héroïque, assistez au triste spectacle de
« cet homme qui, jadis, se réjouissait de la création rapide
« de ces mille caractères jaillissant de sa tête, et frappés
« chacun d'une immortelle empreinte; contemplez-le main-
« tenant tendant les fibres de son cerveau jusqu'à ce que
« cet exercice, qui était un plaisir, devienne une torture;
« luttant sans cesse pour se délivrer du fardeau qui l'écrase,
« et avec une résolution intrépide, mais des forces qui lui
« manquent, retournant à la tâche jusqu'à ce que ses fa-
« cultés l'abandonnent, que la plume échappe de sa main
« sur le papier qu'elle ne marque plus, sur ce papier où
« tombent en silence les larmes d'un homme à qui ne
« reste plus que le sentiment de son imbécillité; et main-
« tenant voyez quelque heureux libraire dans sa maison
« des champs, calculant l'approche du temps (trop ac-
« céléré!) où il pourra publier à son seul profit ces œuvres
« qui ont tué l'auteur; et dites-moi, si nous devons pro-
« portionner la récompense à l'effort, où est la justice des
« plaintes que font les libraires? Si Walter Scott avait pu
« prévoir l'extension de son droit sur sur ses propres ou-

[1] On sait que sir Walter Scott fut ruiné par une association avec son libraire.

Digitized by Google

« vrages, ses biens et son cœur auraient été libres, et les « éditeurs et les imprimeurs, qui sont aujourd'hui nos « adversaires, auraient été heureux de lui demander des « productions nouvelles, et d'accroître sa fortune en aug- « mentant la leur! »

30. Malgré son éloquence, M. Talfourd ne fut pas plus heureux cette fois que la première. Le bill ne fut pas repoussé; mais, combattu, amendé, remanié de façon à désarmer un certain nombre d'opposants, il ne put pas être voté dans la session. M. Talfourd reprit la question au début de l'année 1839; et comme on s'était fait un argument contre lui de ce que les auteurs n'avaient point présenté de pétitions pour l'extension de leurs droits, il en fut déposé un certain nombre sur le bureau, parmi lesquelles on remarqua celle de M. Alison, qui a écrit l'Histoire de l'Europe pendant la révolution française; celle de Wordsworht, un des poëtes les plus considérés de l'Angleterre, et celle de Carlyle, un des esprits les plus originaux de notre temps, et dont l'apparente bizarrerie n'est souvent qu'un moyen de rendre l'erreur plus sensible en l'exagérant, et de ramener le public au bon sens et à la vérité.

Sa pétition, rédigée en style moyen âge et publiée dans l'*Examiner* de 1839, est assez excentrique en la forme et assez raisonnable au fond pour ne pas déplaire au lecteur.

« *Aux honorables Communes d'Angleterre, assemblées en* « *Parlement, la pétition de Thomas Carlyle, un faiseur* « *de livres* (a writer of books),

« Représente humblement,

« Que votre pétitionnaire a écrit certains livres, étant « à ce incité par diverses considérations innocentes ou

Digitized by Google

« louables, principalement par la pensée que les susdits « livres pourraient finalement valoir quelque chose;

« Que votre pétitionnaire n'a pas eu le bonheur de rece- « voir de M. Thomas Tegg, ou autre éditeur, imprimeur, « libraire, vendeur de livres, ou autres personnes sem- « blables, ou semblables corporations, aucune sorte d'en- « couragement ou d'appui en écrivant les susdits livres; « qu'il n'a vu aucune chance d'en recevoir, mais qu'il a « écrit par son propre effort et par la faveur du Ciel;

« Que tout travail utile mérite récompense; que tout « travail honnête mérite une chance de récompense; que « donner et assurer à chaque homme la récompense que son « travail mérite actuellement est, on peut le dire, l'œuvre « de toute législation, police, gouvernement, ordre social « quel qu'il soit; œuvre qu'il est indispensable d'entre- « prendre, impossible d'exécuter parfaitement, difficile « d'exécuter sans des injustices qui souvent sont énormes, « insupportables, la cause de confusions sociales qui ne « finissent jamais;

« Que votre pétitionnaire n'entreprend pas de dire quelle « récompense en argent mérite son labeur, ni s'il mérite « une récompense en argent, ni si l'argent, en quelque « quantité que ce soit, pourrait l'engager à recommencer;

« Que le susdit labeur a trouvé jusqu'à présent, en ar- « gent ou valeur d'argent, peu ou point de récompense; que « votre pétitionnaire n'est nullement sûr d'en trouver ja- « mais; mais qu'il pense qu'en tout cas ce serait dans un « temps éloigné, quand lui, le travailleur, n'aura probable- « ment plus besoin d'argent, et que ceux qu'il aime en au- « ront encore besoin;

« Que la loi protége toute personne dans la vente du fruit

Digitized by Google

« de son travail, au prix qu'elle en peut avoir, sur tout « marché et en tout temps; la loi en fait beaucoup plus « pour certaines gens, mais elle doit en faire au moins au- « tant pour tous, et ne peut faire moins pour personne;

« Que votre pétitionnaire ne peut pas découvrir qu'il ait « agi illégalement en se livrant au susdit travail d'écrire des « livres, ni que par là il soit devenu criminel et ait ainsi « perdu la protection de la loi; *ex contrario*, votre péti- « tionnaire croît fermement que le susdit travail est inno- « cent; que s'il se trouve à la longue qu'il ait écrit un livre « vraiment durable, son mérite, et le service rendu à l'An- « gleterre, et aux Anglais, et aux autres hommes, sera « considérable et difficilement estimable en argent; que, « d'un autre côté, si son livre se trouve faux et éphémère, « l'auteur et son œuvre seront oubliés et perdus, et qu'il « n'y aura de mal pour personne;

« Qu'en cette façon, votre pétitionnaire joue contre le « monde un jeu plus que loyal, son enjeu étant sa vie « même, pour parler ainsi (car la peine est de mourir de « faim), et l'enjeu du monde n'étant rien jusqu'à ce qu'il « ait vu les dés; si bien qu'en aucun cas le monde ne peut « perdre;

« Que, dans la chance heureuse et longtemps douteuse « du jeu tournant en sa faveur, votre pétitionnaire ose sup- « poser que les petits gains d'icelui doivent appartenir à lui « et aux siens, et qu'aucun autre mortel n'a justement part « ni lot dans ce gain, ni maintenant, ni plus tard, ni « jamais;

« Plaise donc à votre honorable Chambre de le protéger « dans la susdite chance heureuse longtemps douteuse, et « (en votant le bill de la propriété littéraire) défendez à tous « les Thomas Tegg, et autres personnes étrangères et qui

Digitized by Google

« n'ont point de part dans ses affaires, de lui voler ses « petits gains pour un espace de soixante ans au plus court; « après soixante ans, à moins que votre honorable Chambre « n'en décide autrement, ils pourront commencer à voler;

« Et votre pétitionnaire priera toujours.

« THOMAS CARLYLE[1]. »

31. Ce que Carlyle disait avec sa finesse ordinaire, M. Talfourd, de son côté, l'exprimait avec une grande élévation de pensée et une singulière noblesse d'expression[2].

« Ces pétitionnaires, disait-il, n'ont-ils donc pas une « propriété qui mérite protection? Non, disent et répéteront « quelques-uns des opposants; ils n'en ont point. Du mo- « ment qu'un auteur a mis ses pensées sur le papier, et les « a livrées au monde, nous pensons que sa propriété a com- « plétement cessé. Eh quoi! n'a-t-il pas engagé un capital? « risqué une fortune? Si la vie humaine n'est rien dans vos « calculs de commerce, si le sacrifice d'un état, de la santé, « de la richesse, n'est rien, au moins l'effort de celui qui « risque son bien pour instruire les hommes demande-t-il « quelque égard? Ou bien y a-t-il là un intérêt si quintes- « sencié, si impalpable, que vous ne puissiez le considérer « comme une propriété parce que les sens ne l'apprécient « pas comme le cœur? Est-ce là de la justice? Pourquoi donc « protégez-vous le caractère moral comme la plus précieuse « possession de l'homme, pourquoi indemnisez-vous par « des dommages-intérêts la partie dont le caractère a été « injustement attaqué? Est-ce que cette possession a une « existence qui soit aussi sensible de moitié que le droit de « l'auteur sur les créations de son cerveau quand il les a

[1] Réimprimée dans les *Essais*, édition de Philadelphie, 1848, in-8°, p. 546.

[2] Discours prononcé le 28 février 1839. *Essays*, p. 174.

Digitized by Google

« fait imprimer ? J'ai toujours considéré que c'était un des « plus nobles triomphes de la loi, que de pouvoir recon- « naître et défendre la moralité, un souffle, une essence, une « propriété invisible qui n'existe que dans l'admiration et « l'affection d'autrui ; et si la loi peut faire cela, pourquoi ne « pourrait-elle pas protéger l'intérêt qu'a l'auteur dans *ces « paroles vivantes*, qui, comme l'a si bien observé ce grand « penseur, M. Hazlitt, *sont, après tout, la seule chose qui dure « toujours* ?

32. « Il est une dernière considération que je veux vous sou- « mettre avant de finir, une considération qui n'intéresse pas « une classe particulière, mais qui concerne la nation tout en- « tière, et nos devoirs envers elle. Voici comment M. Word- « sworth s'exprime dans sa pétition : « Le bill a pour objet « principal de relever les gens de lettres de la servitude qui « les oblige à courtiser la génération vivante, de les aider à « s'élever au-dessus d'un goût servile et de préjugés dégra- « dants, de les encourager à s'abandonner à leur propre « vocation. » Certes, c'est là un but digne de la législature « d'un grand peuple, surtout dans un siècle où l'activité in- « cessante et le progrès même des lumières offrent aux « esprits légers et superficiels des tentations qui n'existaient « pas dans un âge plus rude. Que ceux qui, *pour trom- « per le siècle, lui ressemblent*, poursuivent leur belle entre- « prise, que les publications innocentes et à bon marché se « multiplient autant que vous voudrez, il n'en reste pas « moins que le caractère de ce siècle demande une œuvre « d'un plus noble labeur et qui ait une plus haute portée. « *L'esprit immortel demande un objet qui dure*. Les impri- « meurs n'ont rien à craindre ; il n'y aura point trop de « candidats pour cette brillante récompense, qui n'échoit « que quand l'oreille n'entend plus la louange des hommes !

Digitized by Google

« J'ai été accusé de vous demander de mettre en loi un « *rêve sentimental*; je nie ce reproche. La vérité vivante est « avec nous. Ces fantômes d'imprimeries dépeuplées, de « boutiques ruinées, sont les vaines imaginations de nos « adversaires. Si je demandais l'indulgence pour la fra- « gilité, pour les excès qui quelquefois compromettent de « beaux talents; si je faisais appel à votre sympathie en « faveur d'espérances déçues, d'aspirations désordonnées, « l'accusation serait juste. Je plaide, non pour l'extrava- « gant, mais pour le sage, non pour ce qui passe, mais pour « ce qui est éternel; pour celui qui, poëte, philosophe ou « historien, se donne une tâche aussi longue que sa vie, « met de côté toute poursuite frivole, pour atteindre un but « honorable. Quand il se sent encouragé par l'espoir éloigné « de ce *Salut à jamais!* qui doit accueillir sa bienvenue parmi « les héritiers de la gloire, je ne veux pas qu'il tremble en « pensant que ce cri sonnera comme une dérision pour ceux « qu'il aime, et n'éveillera que de tristes échos près d'un « foyer désolé. C'est pour ceux-là que je demande votre fa- « veur, une protection qui, en leur servant, servira l'huma- « nité; et je la demande en m'unissant à la pensée, par la- « quelle votre pétitionnaire vétéran Wordsworth termine « l'appel qu'il vous adresse : *En ceci, comme en toutes choses,* « *laissez faire la justice; elle trouvera ce qui convient.* »

33. Les adversaires du bill lui firent, pendant la session, une guerre d'amendements qui fatigua la Chambre, et lui fit perdre assez de temps pour qu'on ne pût pas voter la loi. L'infatigable M. Talfourd reprit sa proposition une quatrième fois en 1840, une cinquième fois en 1841, et au moment où la victoire ne semblait plus pouvoir lui échapper, un ministre, M. Macaulay, vint jeter dans la balance le poids de son autorité, la grâce de son éloquence, la fascination de son

Digitized by Google

style, et fit rejeter la motion par une majorité de *sept* voix. Singulier triomphe, quand on sait que celui qui l'obtint devait, quelques années plus tard, quitter les affaires pour se livrer tout entier à des compositions historiques, dont le succès, grâce à la loi même qu'il a combattue, lui a donné plus qu'une fortune ministérielle.

M. Talfourd se retira du Parlement après cette défaite inattendue; mais il avait jeté dans les esprits une semence trop féconde, il avait trop bien démontré la légitimité de la propriété littéraire, la véritable nature du droit des auteurs, pour que son projet fût abandonné et ses idées sans résultat. En 1842, lord Mahon, justement distingué comme orateur et comme historien, reprit la motion en faveur de la propriété littéraire, mais en réduisant la durée de jouissance après la mort de l'auteur. Ce projet, amendé par une Commission, est devenu la loi qui régit aujourd'hui en Angleterre la propriété littéraire, et qu'on désigne sous le titre de statut 5 et 6 Victoria, cap. 45. Nous le ferons connaître dans un prochain article. Disons seulement, en finissant, que le service rendu aux lettres par M. Talfourd ne s'arrêtera pas à la protection du statut Victoria. Ce n'est pas impunément qu'on montre la vérité aux hommes, et notre esprit est ainsi fait, qu'il n'a de satisfaction et de repos que quand il a tiré d'un principe toutes les conséquences qu'il renferme. Or, le bill proposé par le *poëte homme d'État*, par le *bienfaiteur de l'humanité*, comme l'ont surnommé les gens de lettres intéressés à la reconnaissance de leurs droits, ce bill n'est évidemment qu'une satisfaction incomplète donnée aux idées mêmes de M. Talfourd. Le principe est la propriété; le bill conclut, non pas à la jouissance perpétuelle, mais à quelque chose de plus que la jouissance viagère; il transige entre le droit évident

Digitized by Google

des auteurs et l'intérêt douteux des libraires. Il serait digne de la France, dont la législation demande une réforme, d'user ici de sa logique habituelle et de donner un noble exemple à l'Europe, en achevant l'œuvre que M. Talfourd a si dignement commencée.

ED. LABOULAYE.

Digitized by Google

DE LA CAUTION *JUDICATUM SOLVI.*

Cette exception, qui nous a été transmise par le droit romain, a subi, en passant dans notre législation, des modifications profondes, qui en ont altéré le caractère à tel point que les règles tracées à cet égard par les lois romaines sont devenues sans application sous notre Code judiciaire. Ces monuments de *la raison écrite* ne nous ont laissé, sur cette matière, que des lumières incertaines et décevantes; c'est à d'autres personnes, à d'autres circonstances que s'adaptait la caution *judicatum solvi* des Romains.

Sous la législation antè-justinienne, la caution du juge, *satisdatio præstanda pro litis æstimatione*, était requise, suivant la nature de l'affaire, tantôt du demandeur, tantôt du défendeur. En matière réelle, c'était le défendeur, *rei possessor*, qui devait fournir la caution, afin que, s'il venait à succomber, et qu'il ne restituât ni la chose revendiquée, ni les dommages-intérêts résultant du procès, le demandeur pût se récupérer sur le fidéjusseur. En matière personnelle, au contraire, c'était le demandeur qui était tenu de donner caution, et cela sans doute pour empêcher les mauvaises contestations, *ad excludendas calumniosè moventium intentiones*[1].

Ces règles tombèrent en désuétude sous les Constitutions des empereurs. Lorsque les parties plaidaient en personne et sans l'intervention de mandataires *ad lites*, ni le demandeur ni le défendeur, soit en matière personnelle, soit en

[1] *Institutes*, tit. XI, *De satisdat.*

Digitized by Google

matière réelle, ne furent plus astreints à la caution *judicatum solvi*. Mais toutes les fois que les parties chargeaient un tiers de leur défense, elles étaient tenues d'assurer par la fidéjussion que le véritable propriétaire de la chose, ou de la créance litigieuse, ratifierait ensuite les actes faits par le mandataire ou gérant, *ratam rem dominum habiturum*. Cette règle, déjà en vigueur dans l'ancien droit romain, fut toujours strictement maintenue par la législation impériale[1].

Inutile de nous arrêter à une autre espèce de caution prévue par le droit romain et imposée au défendeur, dans le but de garantir sa présence en justice pendant tout le cours du procès, *in judicio sistendi usque ad terminum litis*[2]. Evidemment cette mesure rigoureuse, que nos lois françaises n'ont jamais accueillie, du moins en matière civile, n'offre qu'un rapport très-éloigné avec le sujet que nous traitons.

La caution *judicatum solvi* était admise dans notre ancienne jurisprudence. « C'est une caution, dit Ferrière[3], « qui se donne en jugement par un étranger, quand il est « demandeur ou appelant, de payer les dépens et ce qui « sera porté par le jugement, en cas qu'il soit prononcé « contre lui. La raison est que, comme ils n'ont point de « biens en France, ils pourraient, s'en retournant en leurs « pays, se soustraire à la condamnation qui aurait été pro- « noncée contre eux. »

Toutefois notre exception n'avait pas toujours été accueillie en France, « d'autant, dit Bacquet[4], que le roi doit « justice tant à l'étranger qu'au Français. » On cite comme l'ayant consacrée, le premier, un arrêt rendu par le Parle-

[1] *Instit.*, tit. XI, *De satisdat.*; D., L. 73, *De fidejussor.*
[2] D., tit. XI, *Si quis caution.*
[3] *Dictionnaire pratique*, v° *Caution judic. solvi.*
[4] *Traité du droit d'aubaine*, deuxième partie, chap. XVI, n° 6.

Digitized by Google

ment de Paris, le 4 janvier 1562. Mais elle n'était autorisée par aucun monument de notre ancienne législation. On ne trouve point d'édit, point d'ordonnance qui en ait fait l'objet d'une disposition formelle. Elle fut créée par la jurisprudence générale et constante des Parlements, et de là déposée dans nos Codes actuels.

Nous examinerons, 1° dans quels cas cette caution peut être exigée; 2° par qui et contre qui elle doit être demandée; 3° enfin comment se propose l'exception qui en dérive.

§ Ier.

« En toutes matières, porte l'art. 16 du Code civil, au-
« tres que celles de commerce, l'étranger qui sera deman-
« deur sera tenu de donner caution pour le payement
« des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à
« moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une
« valeur suffisante pour assurer ce payement. »

Cet article, savamment rédigé, marque de suite deux exceptions à la règle générale qu'il établit. Il dispense de la caution l'étranger demandeur, 1° lorsque l'affaire est commerciale; 2° lorsqu'il est propriétaire d'immeubles susceptibles de garantir le payement des frais.

Hors ces deux cas, que nous examinerons tout à l'heure en détail, la règle reprend tout son empire. Ainsi il est admis par la jurisprudence et par l'opinion de la plupart des auteurs, que l'étranger qui se porte partie civile, en matière criminelle, correctionnelle ou de police, soit qu'il agisse par voie de plainte, de citation directe ou d'intervention, est soumis à la caution [1]. Cette doctrine, assise sur le texte

[1] Cassat., 2 février 1814; Bordeaux, 15 juillet 1841; cassat., 15 avril 1842 et 12 février 1846; Carnot, t. Ier, p. 306, n° 12; Legraverend, t. Ier,

Digitized by Google

si positif de notre article, nous semble parfaitement fondée. Elle a pourtant trouvé quelques contradicteurs [1], et notamment un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 février 1840 [2].

On objecte, 1° que cette exception, consacrée par le Code civil et le Code de procédure, n'a pas été reproduite par celui d'instruction criminelle; 2° qu'elle peut d'autant moins y être suppléée, qu'elle aurait pour résultat de paralyser l'exercice du droit que ce Code accorde à tous, sans distinction, de poursuivre en justice la réparation civile du dommage causé par les crimes et délits.

Le Code d'instruction criminelle, en proclamant, dans son art. 1er, ce principe de toute justice, que « l'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit, ou une contravention, peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage » n'a fait que poser un corollaire de cette autre règle de droit naturel, consacrée par l'article 1382 du Code civil, que « tout fait quelconque de l'homme « qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute « duquel il est arrivé, à le réparer. » Mais s'ensuit-il que le législateur ait voulu déroger à l'art. 16 du même Code, relatif à la caution du jugé? Non sans doute; car il faudrait pour cela une disposition expresse qui n'existe pas. Il faudrait, en faveur des étrangers, lorsqu'ils agissent par la voie criminelle, une exception, un privilége que le Code criminel n'établit pas. Du silence de ce dernier Code il faut donc conclure que l'intention de ses auteurs a été de maintenir, même devant les tribunaux de répression, l'obligation im-

chap. v, p. 201; Mangin, *De l'action publique*, t. Ier, p. 259; Carré, *L. de la proc.*, t. Ier, n° 705; Berriat Saint-Prix, p. 227; Duranton, t. Ier, n° 161.

[1] M. Chauveau sur Carré, art. 166 du C. de procéd., n° 705; M. Coffinières, *Journal des avoués*, t. VI, p. 563.

[2] *Pal.*, t. Ier de 1840, p. 191.

Digitized by Google

posée aux étrangers par l'art. 16 du Code civil. « *Posteriores* « *leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint, idque multis* « *argumentis probatur* [1]. »

C'est apporter, ajoute-t-on, d'injustes entraves au droit qui appartient à tout individu, étranger ou non, de poursuivre en justice la réparation du dommage qui lui est causé. Mais on ne fait pas attention à une chose : c'est que la partie lésée par un crime, par un délit, ou par une contravention, a la faculté de porter l'action civile qui en résulte pour elle, devant la juridiction criminelle, ou devant la juridiction civile, à son choix. « L'action civile, porte « l'art. 3 du Code criminel, peut être poursuivie en même « temps et devant les mêmes juges que l'action publique. « Elle peut l'être aussi séparément. » Or, quel que soit le caractère du tribunal auquel s'adresse l'étranger, cela ne change absolument rien à la nature et à l'objet de son action, qui tend toujours et uniquement à obtenir des dommages-intérêts. Mais s'il en est ainsi, et l'on ne saurait en douter un instant, le système que nous combattons entraînerait dans notre législation une bien singulière anomalie, suivant que l'étranger demandeur ou plaignant exercerait son action devant la juridiction civile, ou devant un tribunal de répression ; dans le premier cas il serait tenu de fournir la caution, et il en serait dispensé dans le second. Pourquoi cette différence? Le législateur peut-il avoir deux poids et deux mesures ? Cette faveur que l'étranger trouverait à la barre d'une Cour d'assises, on la lui dénierait dans le prétoire d'un tribunal civil, et cela quand il s'agit d'une même et semblable demande !

Ces observations suffisent, ce nous semble, pour repousser

[1] D., L. 28, *De legibus*.

Digitized by Google

la distinction proposée par un auteur[1] entre le cas où l'action civile est portée par l'étranger au grand criminel et celui où elle est exercée en police correctionnelle. Dans les deux hypothèses, le demandeur ne peut réclamer autre chose que des dommages-intérêts; c'est toujours *l'intérêt pécuniaire* qui est le mobile de son action. S'il a son honneur à défendre en police correctionnelle, c'est pour ses jours menacés qu'il combat en Cour d'assises et pour sa fortune devant la juridiction civile. Mais que le ministère public prenne ou lui abandonne l'initiative des poursuites, il n'a jamais le droit d'obtenir la réparation pénale. Il a beau couvrir son action du voile de l'ordre public et de la morale; l'œil impartial de la justice ne trouve, au fond, qu'un intérêt privé.

La première circonstance où l'étranger se trouve dispensé de la caution, *c'est en matière de commerce.* Les motifs de cette exemption sont faciles à saisir. D'une part, l'Etat est vivement intéressé à ce que le commerce intérieur soit ouvert aux étrangers; un système de répulsion contre eux amènerait des conséquences désastreuses. En second lieu, s'il est une matière où l'ordre public et les principes d'une bonne justice exigent éminemment célérité dans la procédure, économie dans les frais, ce sont, à coup sûr, les affaires commerciales. Or, en pareil cas, la nécessité de la caution entraverait mal à propos la marche de l'instance.

Le privilége accordé par la loi aux étrangers commerçants doit être interprété largement. C'est ainsi que l'a entendu le législateur lui-même; car il a décidé, par l'article 423 du Code judiciaire, qu'il y avait dispense de caution pour l'étranger, « même lorsque la demande est portée devant un

[1] M. Chauveau, loc. cit.

Digitized by Google

« tribunal civil, dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de « commerce. »

La jurisprudence et les auteurs en ont aussi conclu, avec raison, que lorsque sur une instance déférée à un siége consulaire il s'élève un incident de nature à ne pouvoir être apprécié que par les magistrats civils, la dispense de caution ne cessait pas pour l'étranger [1]. Ce n'est là, en effet, qu'une contestation accessoire qui ne saurait altérer l'essence de la demande principale, et qui n'enlève pas la décision du fond aux juges de commerce.

La seconde exception apportée par notre article à la règle de la caution *judicatum solvi*, a lieu dans le cas où l'étranger possède des immeubles d'une valeur suffisante pour garantir le payement des frais et dommages-intérêts. Cette exception découle de la nature même des choses : il est clair que l'étranger qui se trouve propriétaire d'immeubles libres et assez considérables pour répondre des suites du procès, remplit parfaitement le but de la loi. *Plus est cautionis in re quàm in personâ.* Cette disposition, au surplus, ne fait que reproduire la loi romaine : « *Sciendum est possessores « immobilium rerum satisdare non compelli* [2]. »

Mais comment devra-t-on apprécier la suffisance des immeubles que possède l'étranger demandeur ? Faudra-t-il appliquer à ce cas la disposition de l'article 2019, suivant lequel « on n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont « la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement « de leur situation » ? — Oui, dit M. Pigeau [3], et après lui M. Chauveau [4], parce que l'étranger, *étant caution de lui-*

[1] Metz, 26 mars 1821, Guyaut, *C.* Ros. ; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Caution judic. solv.*, § 1, n° 3 ; Coin de Lisle, *Droit civil*, art. 16, n° 7.

[2] L. 15, D., *Qui satis de cog.*

[3] *Comment.*, t. Ier, p. 876, nos 4 et 5.

[4] Art. 167, *Quest.*, 708 *bis*.

Digitized by Google

même, doit être solvable, comme l'exige l'article 2019 pour toutes les cautions. Ainsi, d'après ce système, il faut que les immeubles non-seulement ne soient pas grevés d'hypothèques, mais se trouvent encore d'une discussion facile et situés dans le ressort de la Cour d'appel du lieu où devra se faire le payement des frais.

Ces auteurs ont-ils bien saisi le sens de notre article?— Cela nous semble au moins douteux. Ils soumettent l'étranger aux règles de la caution ordinaire, précisément dans le cas où la loi le dispense de fournir caution. Et pourquoi? parce que l'étranger, selon eux, est caution de lui-même. Qu'est-ce à dire? Comment peut-on être caution de soi-même? Le cautionnement est un contrat accessoire qui suppose nécessairement la coexistence d'un autre contrat, auquel il se rattache. Or, ici, quel est ce contrat principal? Evidemment il n'y en a point.

En second lieu, lorsque le législateur a dispensé de la caution l'étranger qui possède des immeubles en France, ne serait-ce pas qu'il aurait vu dans cette circonstance une garantie morale dont on doit tenir grand compte? Si l'on peut soupçonner l'étranger *prolétaire* d'échapper, par une soudaine évasion, à la condamnation qui l'atteint, on doit croire que celui qui est propriétaire n'abandonnera pas facilement le territoire français pour éviter le payement des frais d'une instance.

Disons donc que ces exigences rigoureuses auxquelles on veut astreindre l'étranger ne sont ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi; que sans doute le gage immobilier dont il est question ne doit pas être illusoire, par exemple ne doit pas être absorbé par des hypothèques; mais que les autres conditions ne sont pas de droit strict, et que c'est aux magistrats à les appliquer, suivant les circonstances,

Digitized by Google

avec une sage réserve. *Hoc est benigniùs interpretandum.*

Ici se présente une autre difficulté qui divise les meilleurs esprits. Le défendeur peut-il, armé du jugement qui statue sur la suffisance des immeubles présentés en gage par l'étranger, prendre inscription sur ces immeubles?

Pour soutenir l'affirmative, on dit que la mesure tutélaire accordée aux nationaux doit, pour être sérieuse, efficace, s'étendre sur l'avenir comme sur le présent; que, sans le secours de l'hypothèque, elle deviendrait illusoire : car rien ne serait aussi facile pour l'étranger, dans la prévision d'une défaite, que de faire disparaître le gage du combat, en aliénant ou même en hypothéquant l'immeuble sur lequel il repose; que le défendeur trouve, dans l'article 2123 du Code civil, un droit certain de prendre inscription en vertu du jugement qui déclare la suffisance des immeubles de l'étranger. Car il ne serait pas raisonnable de prétendre que celui-ci puisse se contenter d'une simple notification de ses titres de propriété à son adversaire, sans intervention de la justice; que si cette hypothèque semble à ce dernier trop rigoureuse, en ce qu'elle frappe ses biens d'indisponibilité, il lui est toujours loisible de s'exonérer de cette mainmise précautionnelle, en offrant de donner caution, ou bien en consignant la somme provisoirement fixée par le jugement, pour le montant des frais et dommages-intérêts [1].

Nonobstant ces raisonnements, nous pensons que c'est le système contraire qui doit prévaloir.

La caution *judicatum solvi* est une mesure acerbe, exorbitante, qui ne doit pas être exagérée. C'est une conséquence adoucie de l'*æterna auctoritas adversùs hostes* des Romains.

[1] MM. Delvincourt, t. Ier, p. 199, note 7; Favard de Langlade, t. II, p. 457; Pigeau, loc. cit.; Boncenne, t. III, p. 193; Chauveau, loc. cit.

Digitized by Google

Nous ne nous laissons point entraîner ici par une ardeur déplacée de philanthropie cosmopolite. Sans doute la loi doit protection aux nationaux ; elle doit les prémunir contre de mauvaises contestations, surtout quand elles viennent de la part de l'étranger. C'est l'idée que le législateur a mise en relief dans le texte que nous commentons, et en cela il a sagement agi. Mais il ne faut pas sortir des limites qu'il a tracées lui-même ; il ne faut pas ajouter à la rigueur de ses prescriptions. *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*[1]. Or, nous le demandons, où est le texte qui, dans cette matière, accorde une hypothèque au défendeur ?

On invoque l'article 2123 du Code civil, lequel porte que « *l'hypothèque judiciaire résulte des jugements...* » Mais on lui fait dire, à cet article, bien des choses qu'il ne dit pas ; car il se borne à énoncer, dans le passage cité, une vérité si simple qu'elle ne pouvait échapper à personne. Mais allons au fond des choses : est-ce que tous les jugements engendrent une hypothèque ? — Non sans doute : il faut pour cela, suivant les meilleurs auteurs[2], dont la doctrine d'ailleurs nous semble incontestable, que le jugement reconnaisse une obligation préexistante qu'il condamne l'une des parties à exécuter au profit de l'autre ; en un mot, l'hypothèque judiciaire ne peut prendre naissance que dans un jugement de condamnation. Cela posé, le jugement qui déclare, sur une contestation élevée par le défendeur, la suffisance des immeubles du plaideur étranger, emporte-t-il condamnation contre celui-ci ? Evidemment l'affirmative n'est pas soutenable : car, bien loin de condamner l'étranger à l'accomplissement d'une obli-

[1] L. 14, D., *De leg.*

[2] M. Tarrible, *Répert.*, v° *Hypoth.*, p. 905, n° 2 ; M. Troplong, *Hypoth.*, t. II, n° 478.

Digitized by Google

gation, ce jugement reconnaît, au contraire, qu'il satisfait aux conditions prescrites par la loi.

Mais, dit-on, le tribunal pourra autoriser le défendeur à prendre inscription pour la somme jusqu'à concurrence de laquelle la caution sera fournie (art. 167 C. p.). — Eh! depuis quand les tribunaux ont-ils le droit de prononcer des condamnations éventuelles? Quoi! sans avoir examiné le procès, sans savoir quelle est celle des parties qui succombera en définitive, les juges pourront, incontinent et les yeux fermés, mettre provisoirement les frais à la charge du demandeur; et grever ses biens d'une hypothèque toujours funeste à son crédit!

A cela vous répondez que le demandeur peut facilement s'affranchir de cette charge en présentant une caution, ou en consignant la somme indiquée par le jugement pour le montant des frais. — Mais ne voyez-vous pas qu'au lieu d'interpréter la loi vous la refaites, vous ajoutez à ses dispositions, vous allez directement contre son texte? car, encore une fois, vous voulez forcer l'étranger à fournir caution, précisément dans le cas où il en est dispensé par la loi [1].

§ II.

La caution *judicatum solvi* est imposée à l'étranger demandeur ou intervenant, art. 166 du Code de pr.; c'est donc à cette double qualité qu'est attachée notre exception, et nous devons l'examiner sous ce nouveau point de vue.

« L'étranger, dit M. Proudhon, notre savant maître [2], est « celui qui est né de parents non établis en France, et qui

[1] *Junge* Toullier, t. 1er, p. 237; Duranton, t. 1er, p. 104; Merlin, *Répert.*, v° *Caut. judic. solv.*

[2] *Cours de droit français*, t. 1er, p. 78.

Digitized by Google

« n'a point été naturalisé. » Voilà la règle qu'il faut appliquer dans l'examen de la première condition requise pour exiger la caution préjudicielle.

Ainsi l'on ne pourra pas y assujettir l'individu né en France d'un étranger, qui, parvenu à l'âge de majorité, fait sa soumission de fixer en France son domicile, et l'y conserve, en effet, ou l'y établit dans l'année de sa déclaration (Code civil, art. 9). C'est bien le sang étranger qui coule dans ses veines; mais ses premiers regards ont vu le sol français; c'est un enfant adoptif que la France ne doit pas repousser; à compter de la déclaration solennelle qui le lie à sa nouvelle patrie, il n'est plus réputé étranger [1].

Il en est de même de celui qui est né, en pays étranger, d'un Français. Il ne devient pas étranger par le fait seul de l'expatriation de son père. Si celui-ci vient à perdre cette qualité par l'effet de circonstances qui en entraînent l'abdication, cette déchéance ne s'étend pas au fils; ce dernier peut toujours rester Français, en prenant l'engagement d'établir son domicile dans sa patrie originaire. Il y a donc dans ce cas, comme dans le précédent, dispense de fournir la caution *du jugé*.

Mais il faut, pour cela, dans les deux hypothèses, que les conditions prescrites par la loi aient été exactement remplies. Si l'individu déclaré apte à rester, ou à devenir Français, néglige de faire sa soumission dans l'année de sa majorité, ou d'exécuter sa promesse dans l'année qui suit cette déclaration, il perd ses droits au titre de Français adoptif, et la qualité d'étranger demeurant désormais imprimée sur sa tête, le soumet à notre exception. Toutefois une loi du 22 mars 1849 relève de la rigueur du délai prescrit par

[1] M. Treilhard, *Exposé des motifs*, tit. Ier, C. civ.

Digitized by Google

l'art. 9 du Code civil, l'individu né en France, qui se trouve dans l'une des deux conditions suivantes : 1° S'il sert ou s'il a servi dans les armées françaises de terre ou de mer; 2° s'il a satisfait à la loi du recrutement, sans exciper de son extranéité.

L'étrangère qui épouse un Français acquiert la qualité de Française (art. 12 Code civil); elle n'est donc pas astreinte à la caution *du jugé*, soit qu'elle dirige son action contre un tiers, soit que sa demande porte contre son mari lui-même. Le changement d'état qu'elle peut subir ensuite n'altère en rien la qualité dont elle est revêtue, et qu'elle ne saurait perdre que par une nouvelle abdication. Que le lien de son mariage vienne à se relâcher, ou même à se dissoudre, par la séparation de corps, par le divorce quand il était admis, par la mort naturelle ou civile de son époux, elle reste toujours Française, toujours exempte de la mesure fidéjussoire qui pèse sur l'étranger.

L'étranger d'origine se trouve encore dispensé de la caution dans trois circonstances, où cette immunité lui provient de la faveur du gouvernement.

1° La loi confère l'exercice des droits civils à l'étranger admis par le gouvernement à établir son domicile en France (art. 13 Code civil). Cette autorisation lève provisoirement l'obstacle qui résulte du droit d'aubaine, et assimile l'étranger aux nationaux en ce qui concerne la jouissance des droits civils. Tant qu'il conserve ce domicile d'adoption, il profite du privilége attaché au titre de Français, et ne peut plus être tenu de la caution *du jugé* [1].

2° La naturalisation est un autre moyen plus complet, un

Bordeaux, 29 mai 1839; *Pal.*, t. II de 1845, p. 518. *Junge* Boncenne, t. III, p. 180; Coin de Lisle, *Comment. analyt.*, art. 16 C. civ.

Digitized by Google

baptême réel (si l'on nous permet cette expression), qui efface entièrement la tache originelle de l'étranger. Pour opérer cette mutation dans son état, et l'investir de la qualité de Français, il faut, aux termes du décret du 17 mars 1809, que la naturalisation soit prononcée par le chef de l'Etat, sur la demande de l'étranger, transmise avec les pièces à l'appui par le maire de son domicile au préfet du département, qui doit les adresser, avec son avis, au ministre de la justice. En conférant à l'étranger tout ou partie des droits politiques, la naturalisation le fait entrer *à fortiori* dans la plénitude des droits civils, et notre exception lui devient tout à fait inapplicable.

3° Enfin, la dispense de la caution *judicatum solvi* peut être écrite dans les traités passés entre la France et les nations étangères, et les stipulations de cette nature doivent, sans contredit, être observées par les tribunaux.

Mais cette dispense peut aussi résulter, d'une manière implicite, des actes internationaux. Si le traité passé par une puissance étrangère consacre, au profit des Français, cette espèce d'immunité, ou même porte, dans une clause générale, que ces derniers jouiront des mêmes droits que les nationaux, il suit de là, et par la force de la réciprocité établie par l'article 11 du Code civil, que l'étranger venant plaider en France ne sera pas tenu de fournir la caution *du jugé*.

La seconde condition nécessaire pour mettre en jeu notre exception, c'est la qualité de *demandeur*, principal ou intéressant (article 166 du Code de procédure). D'où la conséquence que l'étranger défendeur n'est point assujetti à cette mesure onéreuse. La raison en est que la défense est de droit naturel, et doit toujours être protégée. Aussi le législateur, en procédure civile comme dans l'instruction crimi-

Digitized by Google

nelle, s'est-il constamment appliqué à donner au défendeur, ainsi qu'au prévenu, toute la latitude de justification compatible avec l'intérêt de la justice. *Rei favorabiliores potiùs habentur quàm actores.* Ne serait-ce pas étrange, en effet, qu'on pût dire à un étranger : Je vais vous attaquer en justice, parce que telle est ma volonté ; vous allez donner caution pour tous les frais qu'il me plaira de faire ; sans cela, les juges vous condamneront sans qu'ils aient besoin d'examiner le mérite de ma prétention.

Dans les instances ordinaires, celles qui préludent par un exploit d'ajournement, rien n'est plus simple que de discerner le demandeur : *Actor est qui rem in judicio persequitur.* Mais il est certaines procédures où, ce caractère venant à manquer, le rôle du demandeur est beaucoup plus difficile à saisir. Parcourons quelques-unes des hypothèses de ce genre.

Lorsqu'on procède, non par voie d'action, mais par voie d'exécution, et que le créancier, muni d'un titre exécutoire, frappe les biens de son débiteur d'une saisie soit réelle, soit mobilière ; si ce dernier, contestant la légitimité de la créance ou la réguarité de l'exécution, forme opposition à la saisie et assigne le créancier en mainlevée d'icelle, quel est celui des deux qui doit être réputé demandeur? La même difficulté peut s'offrir en cas de saisie-emprisonnement.

Si l'on s'en prend à l'écorce des mots, on répondra que c'est à la partie saisie qu'appartient, dans ce cas, le rôle de demandeur, puisque c'est cette partie qui provoque une lutte judiciaire, et appelle l'autre à un débat régulier qui n'existait pas auparavant. Mais lorsqu'on veut aller au fond des choses, on s'aperçoit qu'on fait fausse route, et que cette solution n'est pas la vraie.

Nous reconnaissons de suite que celui qui procède en

Digitized by Google

vertu d'un titre exécutoire, notarié ou judiciaire, a pour lui la présomption de la loi, qui couvre alors de son égide la créance ou le droit de propriété qu'il veut faire valoir Ainsi, il y a cette différence entre le porteur d'un billet sous seing privé et celui d'une obligation authentique, que le premier ne peut contraindre son débiteur au payement qu'après avoir fait reconnaître son droit par la justice, tandis que le second en est dispensé. Dans ce dernier cas, c'est une présomption légale dont le créancier est investi ; mais présomption qui n'est pas *juris et de jure*, puisqu'elle souffre parfaitement la preuve contraire. Il est constant, en effet, qu'on peut faire valoir contre un titre paré toutes les exceptions qu'on opposerait à un acte sous seing privé, quand il est légalement tenu pour sincère, par exemple, la novation, la compensation, la prescription, etc., etc. Ainsi, la poursuite du créancier, bien qu'elle soit entourée de la faveur de la justice, bien qu'elle semble émaner de la jussion même du souverain, n'est pas à l'abri de toute contestation, et peut être renversée par les moyens de défense du débiteur. Or, dans ce cas, celui qui réclame, celui qui attaque, c'est évidemment, pour nous servir des termes de pratique, *l'impétrant en contrainte*. Voilà donc le véritable demandeur. Après cela, que le saisi assigne l'autre partie, pour faire statuer sur son opposition aux contraintes, on voit trop bien, au travers des formes, qu'il ne fait ces diligences que pour résister à l'agression, pour se défendre, en un mot, et l'on reconnaît de suite en lui le vrai défendeur.

Cela posé, voyons si les règles de la caution *du jugé* doivent s'appliquer ici, comme dans le cas où l'on procède par voie d'action ordinaire.

La jurisprudence et les auteurs ont généralement refusé la qualité de demandeur à l'étranger qui poursuit contre un

*

Digitized by Google

Français l'exécution d'un titre paré, et décidé, en conséquence, qu'il n'est pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi*. La raison qu'on en donne est qu'il ne s'agit pas là d'une demande en condamnation, mais de l'exécution d'un jugement ou acte authentique, portant mandement et réquisition du souverain à ses officiers d'y prêter leur ministère. Et, d'un autre côté, chose étrange! on tient pour constant que l'étranger sur lequel a été pratiquée une saisie, et qui en demande la mainlevée ou la nullité, ne peut être réputé demandeur, et se trouve dès lors dispensé de la caution préalable. Ainsi voilà une instance régulièrement liée entre deux parties, dont chacune expose à la justice des prétentions contraires à celles de l'autre, et dans laquelle il n'y aurait point de demandeur ! Le créancier et le saisi seraient donc tous deux défendeurs?

Malgré le nombre et le poids des autorités adverses, nous osons dire que la singularité de cette conséquence révèle une équivoque, disons plus, un paralogisme qui doit, selon nous, tomber devant la distinction suivante. Lorsque l'étranger poursuit, sans contestation, sans opposition de la part de son débiteur, le recouvrement de sa créance, nul doute qu'il ne soit affranchi de la caution; car vraiment, dans ce cas, il n'y a ni demandeur, ni défendeur. Mais si la partie saisie porte devant la justice les exceptions qui lui appartiennent contre les poursuites dont elle est atteinte, alors il n'est plus possible de soutenir qu'il n'y a pas là un demandeur, et ce demandeur, nous l'avons dit, c'est le créancier poursuivant. Si ce créancier est un étranger, nous ne voyons pas pourquoi il ne serait pas soumis à la caution.

Vainement on objecte que le débiteur français n'a pas besoin de sûreté pour le payement des frais qu'il expose, puisqu'il peut les recouvrer sur le montant même de l'obli-

Digitized by Google

gation dont il est débiteur. — Mais s'il fait triompher son opposition, s'il prouve qu'il est entièrement libéré vis-à-vis du demandeur, comment exercera-t-il la retenue qu'on lui promet, et que devient l'objection qui nous est faite?

Les règles que nous venons d'exposer s'appliquent sans difficulté à la saisie-arrêt. Que l'étranger pratique cette voie d'exécution en vertu d'un titre privé, ou de la permission du juge; que ce soit en vertu d'un acte authentique ou paré, dès l'instant qu'il a formé la demande en validité de cette saisie, et que cette demande est contestée, il est clair que le défendeur a le droit de réclamer le bénéfice de l'article 16 du Code civil.

Nous avouons qu'il nous est impossible de comprendre la distinction imaginée par un auteur[1] entre la saisie-arrêt faite en vertu d'un titre sous signature privée, ou de la permission du juge, et celle qui procède en vertu d'un titre exécutoire. Dans le premier cas, suivant cet auteur, la créance n'étant pas authentiquement prouvée, le saisi est défendeur au fond; dans le second cas, au contraire, il doit être considéré comme demandeur, et tenu de donner caution. — Ainsi la qualité juridique des parties prend la couleur de l'acte sur lequel repose la contestation, et se détermine d'après la forme intrinsèque de cet acte! Si l'on me poursuit en vertu d'un titre sous seing privé, je suis défendeur; si c'est en vertu d'un titre authentique, je suis demandeur. Et, dans ce dernier cas, il faudra que je donne caution pour établir que l'obligation qu'on veut exécuter contre moi est éteinte par l'un des moyens établis par la loi, tels que la compensation, la confusion, la prescription, etc., etc.! On sent de suite qu'un pareil système ne ré-

[1] M. Dalloz, *Recueil alphaphet.*, v° *Exception*, sect. I, n° 4, t. VII, p. 580.

Digitized by Google

pugne pas moins à la saine logique qu'aux principes les plus respectables du droit[1].

Sur la qualité de *demandeur intervenant*, qualité qui attire sur la tête de l'étranger l'obligation du cautionnement préalable, il ne peut guère s'élever de doutes sérieux. En effet, la partie qui intervient dans une instance ne peut le faire que de trois manières. Elle se joint au défendeur pour contester la demande principale; ou au contraire elle s'allie avec le demandeur pour combattre le défendeur; ou bien enfin elle entre en lice pour attaquer les deux parties colitigantes[2]. Or, dans le premier cas, il est clair que l'intervenant prend le rôle de défendeur, puisqu'il résiste à l'action originaire; dans le second cas, unissant ses efforts à ceux du demandeur, il devient demandeur lui-même, et doit fournir la caution; dans la troisième hypothèse, sa réclamation, frappant des deux parts, entraîne pour lui la nécessité d'une double caution. Nous n'avons pas besoin d'ajouter que l'intervention forcée, c'est-à-dire l'assignation de l'étranger en déclaration de jugement commun, le constitue naturellement en état de défense, et le met à l'abri de notre exception.

L'appel interjeté par ou contre l'étranger opère-t-il, dans sa qualité juridique, un changement tel qu'il doive réagir sur les règles de notre exception?

On a toujours décidé, et l'on cite sur ce point un arrêt du Parlement de Paris, en date du 16 janvier 1710, qui l'a ainsi jugé, que l'étranger défendeur en première instance, qui devient appelant, ne perd pas pour cela sa position primitive, et ne fait, par son appel, que continuer sa défense;

[1] *Junge* M. Coin-Delisle, *Comment. analyt.*, art. 16.
[2] M. Berriat Saint-Prix, t. Ier, p. 320, notes 3 et 4.

Digitized by Google

que dès lors il ne cesse pas d'être dispensé de la caution. — Il faut avouer que cette doctrine n'est pas précisément conforme à la rigueur des principes de procédure. On ne saurait, en effet, nier que l'appel ouvre une nouvelle instance, et intervertit, en général, les qualités dans lesquelles se trouvaient les plaideurs. Ainsi le défendeur, en portant la cause pour la faire juger de nouveau devant le tribunal d'appel, devient réellement demandeur. Nous n'en donnerons qu'une preuve, qui nous semble péremptoire : c'est la disposition de notre Code judiciaire, qui permet à l'intimé d'interjeter incidemment appel en tout état de cause (art. 443); disposition évidemment fondée sur cette équitable maxime : *Nihil licere debet actori, quod non liceat reo;* laquelle nous révèle infailliblement la pensée du législateur à ce sujet. Toutefois il faut reconnaître aussi que ce sont bien les mêmes droits que les parties viennent débattre, la même contestation qu'elles viennent agiter devant le juge supérieur, puisqu'il ne leur est pas permis d'y former des demandes nouvelles (art. 464). Cela étant, l'équité veut que la loi continue de couvrir de sa protection celui qui a été attaqué dans le principe, et lui laisse, sans y apporter d'entraves, employer le remède de l'appel contre les erreurs du premier juge [1].

Mais, après cette concession faite au droit sacré de la défense, on ne doit plus sortir de la règle qui voit, comme nous l'avons dit *suprà*, dans l'appelant un demandeur et un défendeur dans l'intimé. Ainsi, quand l'étranger demandeur a gagné son procès en première instance, et qu'il y a appel tranché par l'autre partie, nous pensons que l'intimé n'est pas tenu de fournir caution. Non-seulement il occupe alors le rôle apparent de défendeur ; mais, outre cet avantage, il a pour lui la présomption de la chose jugée, et ce serait un

[1] *Adde* Paris, 18 mai 1844 ; *Pal.*, t. Ier, p. 672.

Digitized by Google

non-sens et une injustice que de le forcer à garantir le payement des frais d'appel.

Maintenant on conçoit sans peine, d'après les considérations qui précèdent, que, dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire si l'étranger succombe dans sa demande et tranche appel du jugement qui le condamne, il doit fournir caution pour les dépens de l'instance engagée devant le tribunal supérieur, puisqu'il ne cesse pas d'être demandeur dans cette seconde instance.

Nous avons vu quelles étaient les personnes astreintes à fournir la caution *du jugé ;* il nous reste à examiner par qui notre exception peut être proposée. Le silence gardé à cet égard par l'article 16 du Code civil, et la généralité des termes employés par l'article 166 du Code judiciaire, sembleraient indiquer, au premier abord, que ce droit appartient indistinctement *à tout défendeur*. Mais un doute grave surgit aussitôt, lorsqu'on réfléchit que les dispositions des deux Codes ont pour but principal et direct de mettre en présence, non pas deux Français ou deux étrangers, mais bien un Français et un étranger. En effet, quand le législateur a statué sur *la caution à fournir par les étrangers*, il a dû naturellement entendre que cette caution devait être fournie aux Français.

De cette espèce d'hostilité entre la lettre et l'esprit de la loi est née la question de savoir si l'étranger défendeur devait profiter du bénéfice de la caution. Cette question longtemps controversée et qui présente, dans l'un et l'autre sens, des autorités d'un grand poids, a été définitivement tranchée contre le défendeur étranger par un arrêt de la Cour suprême, rendu le 15 avril 1842, et motivé avec beaucoup de soin. Nous n'hésitons pas à nous rallier à la doctrine de cet arrêt.

Digitized by Google

§ III.

Notre exception a pour but de sauvegarder l'intérêt matériel des nationaux, en leur garantissant le recouvrement des frais exposés par eux contre un étranger qui, en cas de défaite, échapperait facilement à leurs poursuites. Elle n'appartient donc, ni de près ni de loin, à l'ordre public, et ne peut par conséquent être suppléée d'office par le juge. Le législateur, au surplus, s'est exprimé à cet égard d'une manière non équivoque, en décidant que l'étranger sera soumis à la caution, *si le défendeur le requiert avant toute exception...* (art. 166 C. procéd.). Evidemment, quand ce dernier garde le silence, il est censé trouver bon le demandeur, et les tribunaux n'ont rien à critiquer dans cette manière de voir, chacun étant exclusivement juge de ses propres intérêts.

Nous avons à rechercher maintenant dans quelle phase de la procédure doit être réclamée la caution de l'étranger. Si l'on se borne à interroger la disposition spéciale que nous venons de citer, la solution semble toute trouvée. La caution doit être requise, porte l'art. 166, avant toute exception. Ainsi, d'après ce texte isolé, le défendeur devrait, à peine de forclusion, proposer l'exception *a limine litis*, et avant d'aborder tous autres moyens déclinatoires et dilatoires. Mais il faut aussi compter avec l'art. 169, qui dispose que la demande en renvoi doit être formée *préalablement à toutes autres exceptions et défenses*. D'où il suit maintenant que chacune de ces deux exceptions doit être opposée à la première, ce qui n'est pas possible.

Il y a donc entre ces deux dispositions une antinomie palpable, et, sans faire injure au législateur, on peut croire qu'il aurait éprouvé quelque embarras, s'il eût voulu statuer

Digitized by Google

sur ce cas d'une manière explicite. En effet, des raisons qui semblent également puissantes se présentent des deux côtés et empêchent la balance de pencher dans l'un ou l'autre sens. Veut-on soutenir que l'exception de la caution préjudicielle doit avoir la priorité? on peut dire ceci : Lorsqu'un étranger porte sa demande devant un tribunal français, quel que soit l'incident que le défendeur soulève ou l'exception qu'il oppose à cette attaque, il en résulte, à son détriment, une avance de frais dont, même en cas de réussite, rien ne lui garantit le remboursement; rien, si ce n'est la fidéjussion autorisée par les art. 16 C. civ. et 166 C. de proc. Que ce défendeur, par exemple, assigné devant un tribunal incompétent, propose le déclinatoire avant toute autre exception : voilà une contestation qui entraîne des dépens ; et si les juges accueillent la demande en renvoi, qui empêchera l'étranger de se soustraire, par une prompte retraite, à cette première condamnation ? et alors la mesure établie en faveur des nationaux devient complétement illusoire. D'ailleurs, consentir à plaider avec l'étranger sur le déclinatoire, n'est-ce pas confesser qu'il est solvable, et n'y aurait-il pas ensuite, dans la demande d'une caution, tout à la fois injure et injustice ?

Est-on d'avis, au contraire, que l'exception déclinatoire doit avoir le pas sur l'autre ? On peut donner les raisons suivantes : En toutes matières, devant toutes juridictions, la première question à résoudre, la première exception à présenter, c'est celle qui porte sur la compétence du juge. Avant de statuer sur la cause, il faut qu'il examine d'abord s'il a le droit d'en connaître. Soulever tout autre incident, réclamer, par exemple, en première ligne, la caution du jugé, c'est reconnaître implicitement la compétence du juge et fermer la porte au déclinatoire. Comment, ensuite, faire évaluer les

Digitized by Google

frais probables d'une instance par un tribunal dont on va bientôt refuser la juridiction?

Nous n'avons pas besoin d'ajouter que chacune de ces opinions offre un nombre à peu près égal de partisans également recommandables, ce qui contribue encore à entraver la solution pratique de cette difficulté. Mais nous devons dire qu'il s'est élevé une troisième opinion, un tiers parti, si l'on veut, tendant à concilier les deux autres, et qui consiste à prétendre que, dans le silence de la loi sur la préférence à donner à l'une ou à l'autre de ces exceptions, le défendeur a la faculté de les présenter indifféremment l'une après l'autre, ou par le même acte et simultanément. Cette troisième opinion nous semble devoir être rejetée par les motifs que voici : c'est que les deux exceptions ont un objet tout différent et sont exclusives l'une de l'autre ; aussi le législateur a-t-il eu soin de les classer séparément; c'est qu'il n'est pas logiquement possible au juge de statuer, à la fois ou indistinctement, et sur sa compétence, et sur la garantie des frais d'une instance sur laquelle on conteste sa juridiction. On peut, du reste, appliquer ici les considérations que nous avons fait valoir ci-dessus.

Occupons-nous, maintenant, de la question principale. Si l'on interroge les travaux préparatoires du Code judiciaire, voici ce qu'on y trouve. Dans le projet de loi communiqué à la section de législation du Tribunat, l'article relatif au cautionnement de l'étranger venait après les dispositions concernant les demandes en renvoi. Le Tribunat, sur cet article, devenu le cent soixante-sixième du Code, observe d'abord « qu'il faut expliquer l'ordre dans lequel la réquisition de caution doit être faite; qu'il est évident qu'elle doit être faite *in limine litis*; que seulement il n'y a que l'exception de renvoi ou de nullité qui puisse être

Digitized by Google

proposée auparavant, sans que pour cela le défendeur puisse se nuire. « Puis la section propose, pour cet article, la rédaction suivante : « Tous étrangers demandeurs principaux ou intervenants seront tenus, si le défendeur le requiert, avant toute exception *autre que celle de renvoi ou de nullité*, de fournir, etc. » Revenu devant le Conseil d'Etat, cet article subit, et pour l'ordre où il est placé, et dans sa rédaction elle-même, une modification profonde ; en sorte que l'amendement du Tribunat se trouve tout à fait mutilé. D'une part, il forme, dans un paragraphe séparé, la tête du titre neuvième *sur les exceptions*, tandis que dans le projet il était précédé, comme nous l'avons dit, par *les renvois* et *les nullités*. En second lieu, la restriction proposée par le Tribunat en ces termes, *autre que celle de renvoi et de nullité*, est effacée et disparaît de la loi. Il est difficile de ne pas voir, dans ces diverses opérations, sinon une preuve complète, du moins une forte présomption de la volonté du législateur. En adoptant cette partie de la rédaction du Tribunat, *avant toute exception*, et en retranchant la proposition restrictive que nous venons de rappeler, c'était bien marquer, d'une manière assez énergique, la priorité de notre exception sur celle de renvoi. D'un autre côté, peut-on croire que ce soit sans motif sérieux que les auteurs du Code aient placé ce paragraphe de la caution *du jugé* en tête du titre des exceptions? N'observe-t-on pas dans ce titre, et pour toutes les matières qui y sont traitées, une classification méthodique, un plan raisonné qui exclut toute idée de hasard, et que l'on suit fidèlement dans la pratique?

Pour corroborer cette opinion, qui nous paraît la plus probable, pesons strictement les objections qui lui sont faites, et nous y trouverons plus d'apparence que de solidité. On prétend que requérir la caution, c'est reconnaître la compétence

Digitized by Google

du tribunal, et se rendre non recevable à proposer le déclinatoire, dans le cas où ce tribunal serait incompétent. Mais on ne fait pas attention que cette demande n'est qu'une mesure préliminaire, sans rapport, sans point de contact avec les autres exceptions; qui ne touche ni au fond, ni à la forme du procès; qui même, à proprement parler, n'est pas une exception, mais une garantie pour le payement des frais; que dès lors cette réquisition ne peut, en aucune manière, préjudicier aux autres moyens du défendeur.

On ajoute que le juge ne peut pas statuer sur la demande de caution, tant qu'il n'a pas examiné la question de compétence. Mais c'est se faire illusion sur ce point de procédure, et créer un obstacle qui n'est qu'un être de raison. Sans doute s'il s'agissait, en fixant le montant des frais jusqu'à concurrence desquels la caution sera fournie, de forcer le demandeur à déposer réellement cette somme, il pourrait y avoir une grave difficulté pour obtenir cette décision d'un tribunal incompétent. Mais il n'en est point ainsi : ce n'est pas une somme d'argent qui est exigée du demandeur, mais bien un cautionnement personnel, un fidéjusseur dont la solvabilité soit assurée. Or, qui empêche ce fidéjusseur, même en supposant le déclinatoire accueilli, de répondre encore des dépens exposés devant une autre juridiction? D'ailleurs, notons-le bien, le chiffre des frais, indiqué par le premier tribunal saisi, n'est pas invariable; rien ne s'oppose à ce qu'il puisse être ultérieurement augmenté ou réduit, suivant les phases du procès.

Il n'y a donc aucune contradiction, aucune fin de non-recevoir contre le défendeur qui, après avoir requis la caution, demande son renvoi devant un autre juge. C'est assez dire que, dans notre sens, l'art. 166 doit être interprété

Digitized by Google

d'une manière générale, absolue, et de telle sorte que l'exception qui nous occupe soit toujours proposée avant toute autre, même avant l'exception de renvoi.

De ce que l'exception du cautionnement préalable doit être présentée *in limine litis*, et ne saurait être suppléée par le juge, faut-il en induire que la caution ne peut plus être requise en appel lorsqu'elle ne l'a pas été en première instance?

Il faut d'abord distinguer entre les dépens faits devant le tribunal du premier degré et ceux qui doivent avoir lieu devant le tribunal d'appel. A l'égard des premiers, sans aucun doute, le défendeur, en gardant le silence sur ce point, en faisant valoir d'autres moyens sur la forme ou sur le fond, a renoncé de plein droit à la caution, et ne peut s'en prendre qu'à lui-même, à sa propre négligence, de la perte des frais qu'il peut subir, en cas de gain du procès.

Toutefois, certains auteurs [1] ont pensé qu'on devait faire fléchir la règle en faveur de la partie condamnée par défaut, et lui donner le droit de réclamer, même en appel, la garantie fidéjussoire pour les dépens de première instance. Cette opinion, assez ingénieuse, qui repose sur la lettre de notre article 166, et notamment sur ces mots : *avant toute exception*, d'où l'on induit que le défendeur condamné par défaut et recourant à la voie d'appel, n'a réellement encore présenté aucune exception, ne nous paraît pas juridique. En effet, la partie qui fait défaut commet, par cela même, une infraction aux règles de la procédure, un acte de désobéissance à la justice, qui ne mérite pas d'être encouragé, et qui doit au moins priver cette partie du bénéfice de notre exception. Veut-on supposer que le défaillant n'a pas été

[1] MM. Bioche et Goujet, v° *Judicat. solvi*, n° 26.

Digitized by Google

touché de l'assignation, ou qu'il a été détourné par quelque empêchement légitime? Soit; mais alors la loi lui indique un remède, la voie de l'opposition qu'il a eu tort de négliger. Dans ce cas, sans contredit, il aurait pu requérir la caution. Mais lorsque tout est consommé, lorsque après un commencement d'exécution du jugement par défaut, ou bien après la notification qui en est faite à son avoué, il vient proposer, en appel, une exception qui devait être le préliminaire indispensable de la première instance, nous n'hésitons pas à croire qu'il ne doit plus être écouté.

En ce qui concerne les frais de l'instance d'appel, la question devient beaucoup plus ardue, et a produit, dans la doctrine et les arrêts, une divergence que la médiation de la Cour suprême n'a pas encore fait cesser.

Le principal argument qu'on fait valoir contre l'intimé consiste à dire que l'appel n'est qu'un second degré de juridiction, une suite, une continuation de l'instance principale, et non pas une instance nouvelle ; que cela est tellement vrai, que la loi (art. 464) défend positivement de former en appel des demandes nouvelles. On peut ajouter qu'il est de principe constant, en matière de procédure, que toute exception qui ne touche pas au fond de la cause ne peut plus, à moins qu'elle ne soit d'ordre public, être proposée sur l'appel, lorsqu'elle ne l'a pas été en première instance; témoins l'incompétence *ratione personæ*, et les moyens de nullité.

Nonobstant ces raisonnements, nous pensons que c'est la thèse contraire qui doit l'emporter, par les motifs que voici.

La caution *judicatum solvi* n'est pas, nous le répétons, dans le sens doctrinal de ce mot, une véritable exception. Elle peut être considérée, dans certains cas, comme un

Digitized by Google

moyen dilatoire ; mais, encore un coup, elle ne touche, en aucune manière, ni à la forme, ni au fond du procès. C'est une précaution introduite en faveur des nationaux, pour leur garantir le payement des frais et dommages-intérêts résultant de procès téméraires qui leur seraient suscités par des étrangers. Cela posé, est-il juste de priver l'intimé du bénéfice que la loi accorde à tout défendeur? Voyons s'il l'aurait perdu par sa faute. — Il y a renoncé, dit-on, en négligeant de s'en prévaloir devant le tribunal du premier degré. — Eh bien ! la seule conséquence qu'on doive, à notre avis, tirer de cette omission, c'est que le défendeur aura perdu, sans retour, cette garantie pour les frais faits en première instance. Mais étendre cette punition aux dépens de la cause d'appel, c'est passer les bornes de la logique, et tromper, nous le croyons, le but de la loi elle-même.—On soutient que l'appel n'est que la suite, la continuation de l'instance principale. — Ici une distinction est nécessaire, et va faire disparaître cet argument. Oui, quant au fond de la cause, quant à l'objet du procès, l'instance est toujours la même ; mais la procédure, mais les actes qui la composent, mais les frais qui en sont le résultat, n'est-ce pas là une instance nouvelle, et en faut-il davantage pour légitimer la prétention du défendeur?

Maintenant allons plus avant et, pour compléter la démonstration, demandons-nous s'il est possible aux juges du premier degré d'estimer d'avance, même approximativement, le montant des frais de la cause d'appel. — Non évidemment, puisqu'ils ne savent même pas si leur sentence sera frappée d'appel. Ainsi, en supposant que le défendeur ait requis la caution en première instance, il se trouve amené par la force des choses à réitérer sa demande en appel. Donc le silence qu'il garde sur ce point, devant le juge du premier de-

Digitized by Google

gré, ne le rend pas non recevable dans sa demande devant le tribunal supérieur[1].

A. JOCCOTTON,
Ancien magistrat, maire de Louhans,
(Saône-et-Loire).

[1] Conf., Paris, 14 mai 1831; *Pal.*, t. II de 31, p. 243; 19 mars 1838; *ibid.*, t. Ier, de 38, p. 554. Bordeaux, 27 février 1843; *ibid.*, t. II de 1845, p. 520.

Digitized by Google

ACADÉMIE
DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

ÉTUDES SUR DOMAT [1].

III.

La classification des matières ou la méthode.

Nous disions, en commençant, qu'il y avait deux choses à considérer dans le grand ouvrage de Domat : la philosophie du droit, ou l'enchaînement des principes, et la classification des matières, ou la méthode.

Ce qui fait ici son mérite et notre embarras, c'est l'art avec lequel ces deux parties se tiennent ensemble et se coordonnent, sans laisser voir, pour ainsi dire, le point d'attache qui les relie.

Le même esprit qui a guidé Domat dans la recherche des premiers principes va l'inspirer dans le choix des divisions qui serviront de cadre à son livre, et le suivra jusque dans les derniers détails des règles qu'il va poser; tellement que là où l'on ne s'attend plus à rencontrer qu'une application particulière, on est quelquefois tout surpris de découvrir, dans une simple note isolée, une dissertation philosophique qui semble continuer encore le *Traité des lois*.

Mais, s'il a trouvé tout écrite dans les dogmes chrétiens sa théorie des lois primitives, il lui a fallu se créer à lui-

[1] Voyez notre *Revue* des mois de novembre-décembre 1851, t. III, p. 323.

Digitized by Google

même la méthode avec laquelle il devait tracer et remplir le plan de son ouvrage.

Les lignes qu'on va lire ne semblent-elles pas empruntées à Descartes ou à Bacon ?

« Personne n'ignore quel est en toutes choses l'usage de l'ordre, et que si, dans les choses mêmes qui ne sont que l'objet des sens, le juste assemblage des parties qui forment un tout est nécessaire pour les mettre en vue, l'ordre est bien plus nécessaire pour faire entrer dans l'esprit le détail infini des vérités qui composent une science. Car c'est leur nature qu'elles aient entre elles des rapports et des liaisons, qui font qu'elles n'entrent dans l'esprit que les unes par les autres ; que quelques-unes qui doivent s'entendre par elles-mêmes, et qui sont les sources des autres, doivent les précéder; que les autres doivent suivre selon qu'elles dépendent de ces premières et qu'elles sont liées entre elles, et qu'ainsi l'esprit, devant se conduire des unes aux autres, doit les voir en ordre ; et c'est cet ordre qui fait l'arrangement des définitions, des principes et du détail. D'où il est facile de juger combien il y a de différence entre la manière de voir le détail des vérités qui composent une science mise en confusion, et la vue de ce même détail rangé dans son ordre, puisqu'on peut dire qu'il n'y en a pas moins qu'entre la vue d'un tas confus de matériaux destinés pour un édifice, et la vue de l'édifice élevé dans sa symétrie [1]. »

Par ce peu de mots, on comprend déjà quel est cet ordre auquel Domat veut s'attacher.

Où prendra-t-il son point d'appui? Sera-ce dans une théorie plus ou moins brillante; dans un système plus ou moins ingénieux, dont il pourra se dire l'inventeur?

[1] Préface des *Lois civiles*.

Digitized by Google

Non, il ne veut pas d'autre système que celui où le conduira la logique. Il ne prétend pas trouver d'autre ordre que celui que lui indiquera la raison.

Le titre de son livre le disait déjà : *Les lois civiles mises dans leur ordre naturel.*

C'est là toute la gloire à laquelle il aspire; mais cette gloire n'est-elle pas, en définitive, la plus durable et la plus belle? Dans les sciences morales comme dans les sciences naturelles, le dernier terme auquel, après bien des tâtonnements et des essais, l'esprit humain peut parvenir, n'est-ce pas lorsqu'il réussit à reconstruire, par-dessus tous les vains systèmes imaginés par les hommes, les éléments tout simples des méthodes enseignées par la nature?

Comme nous avons vu de nos jours, à la voix de Cuvier, des parties méconnaissables ou informes retrouver la place qu'elles occupaient dans une organisation depuis si longtemps oubliée, Domat entreprend (ce sont ses expressions mêmes) *de distinguer les matières du droit, et de les assembler, selon le rang qu'elles ont dans le corps qu'elles composent naturellement.*

« Ne rien avancer qui ne soit ou clair par soi-même, ou précédé de tout ce qui est nécessaire pour le faire entendre : tel sera son moyen d'atteindre la brièveté par le retranchement de l'inutile et du superflu, et la clarté par le simple effet de l'arrangement[1]. »

Il espère arriver par là à rendre l'étude des lois non-seulement facile, mais agréable. « Car la vérité, dit-il, étant l'objet naturel de l'esprit de l'homme, c'est la vue de la vérité qui fait son plaisir; et ce plaisir est plus grand à pro-

[1] Préface du *Traité des lois.*

Digitized by Google

portion que les vérités sont plus naturelles à notre raison, et qu'elle les voit dans leur jour sans peine[1]. »

Mais entrons davantage dans le dessein de notre auteur.

Entre les deux sortes de lois, si différentes de forme, de caractère et d'origine, qui se partageaient alors l'empire de la France, laquelle fallait-il prendre pour patron de ce corps de droit où Domat se proposait de déduire non-seulement les règles principales, mais tout le détail des matières?

D'un côté s'offrait le droit coutumier avec ses bigarrures, ses contradictions, ses inconséquences, mais aussi avec ses allures chevaleresques, sa couleur nationale et chrétienne, et ce dépôt d'idées nouvelles et généreuses auxquelles s'ouvrait si naturellement l'avenir.

Devait-on, suivant la pensée de Dumoulin, pour arriver à ce qu'il appelait la communion des mêmes lois, commencer par travailler à *une briève et équitable consonnance des coutumes?*

Était-ce là le terrain sur lequel il convenait de réédifier le droit civil de la France?

Si telle eût été l'œuvre de Domat, qu'en resterait-il aujourd'hui à notre usage? Quelques chapitres sur le régime de la communauté, sur l'ordre de succession, sur les testaments, sur la puissance paternelle. Mais combien de parties importantes de la législation coutumière se trouveraient maintenant reléguées dans ce bagage inutile de lois et d'idées qu'un état social qui n'est plus laisse après lui!

Ce que nous remarquons, au contraire, avec étonnement dans le livre des *Lois civiles*, c'est que ce corps de droit, écrit sous le règne et sous le patronage de Louis XIV, au milieu de ce mélange de législation féodale et de pouvoir

[1] Préface du *Traité des lois.*

Digitized by Google

absolu, ne renferme presque pas un chapitre, presque pas une idée qui ait vieilli par le fait des révolutions ou des années.

D'où lui vient ce rare privilége?

Peut-on attribuer à Domat un de ces élans de génie qui percent les secrets de l'avenir? Alliait-il les hautes vues de l'homme d'Etat à la science du jurisconsulte? Avait-il secoué l'esprit de son siècle pour entrer témérairement dans une voie nouvelle et hardie?

Ce n'est pas ainsi qu'il se peint à nous dans ses ouvrages. A travers la dignité de son langage et l'indépendance de ses conseils, apparaît à chaque pas une réserve que nous serions tenté de trouver quelquefois presque timide, tant elle est respectueuse pour les institutions établies, tant elle craint de mêler l'esprit d'innovation au zèle pour le retranchement des abus et pour la conciliation du droit avec l'équité. On sent, aux expressions mêmes de son style [1], que, depuis l'époque où avait écrit Dumoulin, la majesté royale est devenue plus imposante encore et mieux obéie, et que désormais toute réforme doit attendre d'elle son initiative et ne pourra s'opérer que par sa puissance.

Mais si Domat n'a pas eu la hardiesse entreprenante d'un réformateur politique, par quelle qualité a-t-il si bien compris les besoins de son siècle et deviné ceux du nôtre?

[1] Après avoir signalé les divergences du droit coutumier en matière de succession, et s'être demandé : « qui serait plus utile, ou cette diversité de règles bornées chacune en son lieu, ou une règle commune partout », il ajoute : « Mais on ne doit pas s'arrêter à toucher inutilement une question de cette importance. » Page 342.

A la fin d'une note sur les effets du droit d'aubaine, il s'arrête en disant : « Mais ces difficultés sont d'une nature dont les bornes du dessein de ce livre ne permettent pas la discussion, et peut-être même en a-t-on trop dit. » Page 359, première colonne.

Digitized by Google

Nous l'avons déjà dit, par la rectitude de son jugement, par la hauteur de sa raison.

Il n'avait pas voulu d'autre philosophie que sa foi : c'est maintenant sa raison qui va lui tenir lieu de méthode; c'est elle qui, parmi tant de systèmes de classement inventés par les hommes, lui fait choisir celui qui plonge le plus profondément dans la nature des choses.

Quelle donnée plus simple, plus ancienne, plus vulgaire même que celle de la division des lois en immuables et arbitraires ?

Tous ceux qui avaient écrit sur le droit l'avaient indiquée, mais personne, avant Domat, n'avait songé à la suivre jusque dans ses dernières conséquences, à en faire la base de tout un système de législation civile, à s'en servir comme d'un moyen sûr pour juger la justice elle-même, pour discerner le vrai du faux, le certain du douteux, le durable du transitoire, en un mot pour dégager partout la raison des obscurités et des nuages qui l'enveloppent ici-bas.

Cette raison lui fait comprendre tout d'abord que, malgré le caractère national de nos coutumes, ce n'est pas là, c'est dans le droit romain qu'il faut chercher les fondements d'un droit civil complet et digne de la France.

Et pourquoi ?

Parce que c'est dans le droit romain seulement que se trouve recueilli, par la sagesse et l'expérience des siècles, le détail de ces règles du droit naturel qui composent, à vrai dire, la science du droit.

« On sait, dit Domat [1], de quelle manière les Romains ont emprunté des autres et cultivé chez eux la science du droit, et que ce n'a été que par une infinité d'événements pendant plusieurs siècles, et dans l'étendue du plus grand

[1] Préface des *Lois civiles*.

Digitized by Google

empire qui ait jamais été, que l'application d'un grand nombre de personnes habiles a pu recueillir les faits qui ont fait naître les différends, remarquer les principes dont on s'est servi pour les décider, former des règles sur ces principes, les diversifier selon que les différents faits obligent à les distinguer, rapporter ces règles à leurs matières, et, par l'assemblage de ces matières et de leurs règles, composer une science qui a pour objet tout ce qui se passe dans la société des hommes et qui peut faire naître entre eux quelques différends. »

Mais si le droit romain, dont Domat décrit si bien la formation successive et lente, était comme la mine féconde où il fallait chercher les plus précieux matériaux de la science du droit naturel, nous devons dire, pour suivre la même image, qu'on était loin d'y trouver ce droit à l'état natif et pur.

Un élément étranger, d'une origine toute différente et toute locale, s'y trouvait mêlé de toutes parts et lui imprimait fortement sa couleur.

Cet élément, c'était l'esprit romain, esprit d'exclusion, d'égoïsme, de domination, de tyrannie.

Les Romains avaient faussé le droit naturel dans sa source même, la propriété et la famille, en exagérant outre mesure des sentiments que Dieu tempère avec tant de délicatesse dans nos âmes.

Ils avaient fait de chaque famille, sous la république, ce que Rome tout entière devint sous l'empire, le domaine d'un maître absolu.

Le mot de famille lui-même avait chez les Romains un sens opposé à celui qu'il a maintenant dans notre langue. La famille des Romains, *familia*, c'était, à proprement parler, les esclaves. Les fils ne s'y trouvaient compris que parce

Digitized by Google

qu'ils participaient, par leur situation sujette et précaire, à cette servitude de la famille achetée à prix d'argent : tandis que chez nous ce beau nom de famille, ce complément chrétien du nom de père, descend, au contraire, de nos fils et de nos filles jusque sur nos serviteurs, dont il élève presque la dépendance libre au niveau d'une parenté.

Le mot de *propriété* (et le mot ici était bien l'image vraie de la chose), n'avait pas subi une déviation moins évidente en passant du droit naturel dans le droit romain. Les fiers citoyens de Rome avaient créé pour leur usage une propriété romaine : *jus Quiritium*.

Mais, sans nous arrêter à ce qui concerne la définition de la propriété, remarquons seulement, avec Domat, comment, chez les Romains, elle était transmise, car, de tous les droits du propriétaire, celui-là est le plus caractéristique et le plus frappant.

« Il semble, dit notre auteur, que la manière dont les Romains mirent en usage cette loi d'une liberté générale et indéfinie de disposer de ses biens, qu'ils avaient tirée des Grecs, ait été une suite de cet esprit de domination dont on voit tant d'autres marques dans toute leur conduite dès leur origine, soit à l'égard des autres peuples qu'ils s'étaient soumis, soit à l'égard même de leurs propres familles, où ils s'étaient donné un droit absolu de vie et de mort non-seulement sur leurs esclaves, mais même sur leurs enfants. Selon cet esprit, ils s'étaient donné la liberté de disposer à leur gré de tous leurs biens, et d'en priver non-seulement leurs proches, mais leurs enfants même sans aucune cause [1]. »

Cela posé, la première chose à faire pour remplir le dessein qu'avait conçu notre auteur, était de dégager, dans le droit

[1] Edition de 1777, p. 341, deuxième colonne.

Digitized by Google

romain, ce qui appartenait au droit naturel de ce qui portait le cachet spécial de l'esprit romain.

La sagesse réfléchie de Domat se fait voir ici dans la manière même dont il s'y prend pour opérer ce partage.

Il ne voulait pas faire une œuvre d'historien et d'érudit; mais, comme l'a si bien remarqué un de ses plus savants biographes [1], il voulait faire une œuvre de jurisconsulte dans la grande acception de ce mot, ou plutôt une œuvre de législateur.

Il néglige donc le parallèle qu'il aurait pu établir entre les principes du droit romain et ceux de notre droit moderne, intéressant sujet sur lequel a jeté récemment de vives lumières l'ouvrage inédit d'Etienne Pasquier, publié sous les auspices de deux noms bien dignes de continuer son illustration et sa science [2].

Quant à Domat, ce point de vue lui semble en dehors du dessein de son livre : il va droit au but, et, sans s'arrêter à de curieuses recherches, c'est avec le *criterium* de sa raison qu'il séparera le droit naturel de son alliage, en mettant d'un côté ce qu'il reconnaît immuable et éternel, de l'autre ce qui lui semble variable et arbitraire.

Mais combien il faudra que cette raison soit exercée par l'étude, mûrie par la réflexion, éclairée par le jugement, appuyée sur une méthode rigoureuse et logique, pour discerner ainsi le caractère propre de chaque loi !

Car parmi cette infinité de règles dont le droit naturel se compose, s'il en est quelques-unes dont l'esprit reste convaincu, « sans raisonnement, par l'évidence de leur vé-

[1] M. Jouvet-Desmarard. *Essai historique et critique sur Domat.* Riom, 1837.

[2] *L'interprétation des Institutes de Justinian*, par Estienne Pasquier, avec une préface de M. le chancelier Pasquier et des notes de M. Giraud.

Digitized by Google

rité », le plus grand nombre, au contraire, est de celles dont la certitude ne se peut découvrir « que par quelque raisonnement qui fasse voir leur liaison aux principes dont elles dépendent. »

Il arrivera souvent qu'au premier abord, deux solutions diverses paraîtront également acceptables comme lois arbitraires; mais, en y réfléchissant davantage, on trouvera dans les principes de la justice et de l'équité quelque raison déterminante pour se fixer à l'une de ces solutions préférablement à l'autre. « Et de cette manière, dit Domat, ce que l'on avait d'abord rejeté parmi les lois arbitraires devra définitivement être reçu au nombre des lois naturelles. » — « Aussi, ajoute-t-il, regardons-nous toutes ces sortes de lois, qui sont si fréquentes dans le droit romain, comme la *raison écrite*, c'est-à-dire ce que la raison choisit entre les sentiments opposés; et nous ne considérons comme lois simplement arbitraires que celles dont les dispositions sont telles qu'on ne saurait dire qu'une loi différente fût contraire aux principes de l'équité[1]. »

Mais se figure-t-on bien ce que c'était que de reprendre, un à un, tous les textes dont le droit romain se compose, et d'en extraire, par une analyse philosophique, ce qu'ils renfermaient de droit naturel, de *raison écrite*, ou même de règles arbitraires à notre usage?

A chaque pas, Domat exerce, de par l'autorité du bon sens, de la logique et de l'équité, cette sorte de pouvoir discrétionnaire dont il fallait bien s'armer, dans l'état imparfait et précaire où se trouvaient, en France, la législation et le droit.

On le voit partout occupé de retrancher impitoyablement

[1] *Traité des lois*, chap. XI.

Digitized by Google

ces *subtilités* qui sont, dit-il, *si fréquentes* dans le droit romain.

Tantôt il s'en prend à ces commentateurs qui *inventent des questions pour les décider par d'autres principes que ceux des lois, et posent ensuite leurs décisions comme de nouveaux principes, d'où ils font naître et décident de même d'autres questions*, s'appliquant, dit-il, *à mettre en doute ce que la simplicité des principes met en évidence*[1].

Tantôt il se plaint de la *dureté* de la jurisprudence, *qui fait céder à une pure subtilité les premiers sentiments du droit naturel*[2].

Tantôt il n'hésite pas, comme Bourdaloue le faisait jusque dans la chaire, à faire honte aux chrétiens de son siècle de se montrer sur quelques points plus relâchés que ne l'étaient, dit-il, ces *honnêtes païens* que nous connaissons par l'histoire[3].

C'est ainsi que, dans ces préfaces admirables où toutes les matières du droit sont si lumineusement résumées, il se laisse quelquefois entraîner par l'importance du sujet à discuter avec réserve les grandes questions que les législateurs se lèguent d'âge en âge.

Mais quand il s'agit de formuler, on peut le dire, des articles de loi (car les règles qu'il pose en ont la précision et la force), il ne discute plus, il prononce; ni l'autorité des précédents, ni la volonté formellement exprimée par le législateur romain, ni la puissance même d'un *usage universel*[4], ne peuvent l'obliger à inscrire parmi ses axiomes

[1] Edition de 1777, p. 568, deuxième colonne; p. 569, première colonne.
[2] Page 550, deuxième colonne.
[3] Page 456, deuxième colonne.
[4] Voyez notamment p. 444, première colonne.

Digitized by Google

de droit ce que sa conscience et sa raison ne sauraient approuver.

Tel est son titre véritable à l'éloge que lui a donné Boileau. Je ne m'étonne pas de cette sympathie du grand critique pour le grand jurisconsulte du dix-septième siècle. L'auteur de l'*Art poétique* se connaissait en fait de réformes opérées au nom de la raison, et, à le considérer sous cet aspect, le livre des *Lois civiles* n'est-il pas aussi une œuvre de haute critique, où se révèle à chaque pas un goût pur et sévère? car le goût, c'est encore une des formes de la justice et de la vérité.

Ce mérite de Domat est, assurément, celui qui nous frappe davantage. C'est ce qui nous fait aimer et rechercher son livre comme s'il avait été composé pour nous; car ce qu'il a fait, il nous semble que chacun de nous avait à le faire pour étudier le droit par principes. Il n'y a pas là de ces prestiges de science qui captivent, de ces résultats inattendus qui étonnent: c'est tout simplement la voix de la raison qui nous parle; et comme elle a son écho dans nos cœurs, nous n'avons besoin que de descendre en nous-mêmes pour apprécier l'autorité de ses décisions et l'excellence de sa méthode.

Mais ce travail, en apparence si simple et si aisé, n'a pu s'accomplir que par la réunion la plus admirable des qualités de l'esprit et du cœur.

En effet, et cette remarque est de Domat lui-même, si l'étude des lois arbitraires semble d'abord offrir à l'intelligence un sujet d'étude plus difficile et plus complexe par la diversité même des matières qui s'y rencontrent, il faut avouer cependant que, sous son apparente simplicité, la science approfondie du droit naturel a des complications et

Digitized by Google

des difficultés d'autant plus grandes qu'on ne peut d'abord les apercevoir et les saisir.

C'est que l'étude des lois du dehors, comme toute science où le fait domine, est quelquefois moins une affaire de raisonnement qu'une affaire de mémoire[1].

Combien ils sont rares les esprits d'élite qui savent, à l'exemple de notre auteur, ne jamais perdre de vue, dans la discussion des lois arbitraires, ces principes d'éternelle justice qui doivent être le point de mire de notre conscience comme de notre raison!

Au contraire, la science du droit naturel, comme toutes celles dont l'entendement humain est à la fois l'instrument et l'objet, voit son horizon intérieur s'agrandir à mesure qu'elle se replie sur elle-même par le travail philosophique de la pensée.

Après ces premiers principes, « qui se présentent à la vue de tout le monde », l'observation nous fait découvrir une multitude infinie d'autres règles qui se diversifient suivant les circonstances et les matières.

La simple lumière de la raison, la seule intuition de la conscience « ne suffisent à personne pour trouver ces règles et les appliquer à tous les besoins[2]. » Si l'on veut résoudre les questions et les doutes qui se présentent en foule à chaque pas, « il faut raisonner sur la nature et l'esprit des règles, sur leur usage, sur leurs bornes, sur leur étendue[3], et avant tout sur leurs rapports intimes et leur dépendance

[1] Il est bien plus difficile et aussi bien plus important de bien savoir les lois naturelles que les lois arbitraires, parce qu'au lieu que celles-ci sont plus bornées, et qu'il ne faut pour les apprendre que de la mémoire, les lois naturelles, qui règlent les matières plus communes et plus importantes, sont en bien plus grand nombre, et elles sont proprement l'objet de l'entendement. (*Traité des lois*, chap. XI, n° 28.)

[2] Même chapitre, même numéro.

[3] *Ibid.*

Digitized by Google

avec les principes fondamentaux de la justice et de l'équité. »

Quel plus noble champ de recherches à parcourir et à sonder? Quel plus digne emploi des facultés humaines que de retrouver, à travers les obscurités qui l'environnent, cette loi naturelle gravée par Dieu même au fond de nos cœurs; de la reproduire, s'il est possible, tout entière; de la compléter, en suppléant par l'esprit de vérité quelques lacunes de ces inscriptions divines qui semblent effacées par l'esprit de ténèbres et d'erreur?

Pour accomplir un pareil dessein, pour devenir maître d'une telle science, il faut plus que de la raison et du bon sens; il faut plus que de la sagacité et de l'intelligence; il faut plus que de l'expérience et du jugement : il faut surtout un cœur sincère et droit, qui, comme un miroir net et pur, réfléchisse, sans la troubler, l'image limpide de la justice éternelle.

C'est donc par sa vertu d'honnête homme, c'est par sa foi de chrétien, non moins que par l'étendue de ses connaissances et la profondeur de ses vues, que Domat fait autorité en ces matières, et s'est conquis, dans notre estime, un nom qu'aucune révolution de mœurs ou de lois ne pourra lui ravir, car il a placé son but au-dessus de tout ce qui est sujet aux révolutions humaines. « La science des lois, comme il l'a comprise, n'est autre chose, ce sont ses propres expressions, que l'art du discernement de la justice et de l'équité [1]. » C'était aussi, il est vrai, la définition qu'en avaient donnée les jurisconsultes de Rome; mais dans leurs livres cette définition n'était vraie qu'à demi; l'esprit romain avait trop souvent altéré, dans ce qu'ils appelaient le droit civil, les principes naturels de la justice. En dégageant ces principes

[1] *Traité des lois*, chap. XI, *in fine*.

Digitized by Google

de leur alliage, Domat a restitué à ce mot de *lois civiles* sa plus noble acception, son plus bel honneur : il en a fait non-seulement le droit national de la France, mais un droit acceptable par tous les peuples civilisés du monde [1].

Nous venons d'exposer en peu de mots ce qu'on peut appeler le chef-d'œuvre de la méthode de Domat, c'est-à-dire cette première classification, ce premier tri des matières du droit, qui consistait à n'admettre dans ses *Lois civiles* que des règles conformes aux principes naturels de la justice et de la raison.

Le simple travail de mise en ordre est sans doute bien inférieur à cette décomposition savante de ce qui constitue la substance même des lois.

Et cependant, à voir le récit que Domat nous fait quelque part des difficultés qu'il rencontra dans cette seconde partie de sa tâche, on reconnaît bientôt que, sans l'excellence de sa méthode philosophique, il ne les aurait jamais surmontées.

Il s'agissait ici de deux choses distinctes, car le travail de mise en ordre comprend pour ainsi dire deux degrés :

Le premier consiste à grouper séparément chaque matière, à rapprocher l'un de l'autre les objets ou les règles qui offrent ensemble le plus de rapport et d'analogie.

L'autre degré de classement consiste à distribuer ensuite

[1] Après avoir rappelé les textes bien connus d'où il résulte que, chez les Romains, « on bornait le droit civil à ce qui est propre à chaque peuple, *jus civile quasi jus proprium ipsius civitatis* », Domat ajoute : On peut dire de ces distinctions qu'elles ne conviennent pas à notre usage, car nous ne bornons pas le droit civil à ce qui est propre à un peuple, comme sont en France les ordonnances et les coutumes; mais nous comprenons sous le droit civil tout ce qu'il y a de règles de l'équité naturelle dans les matières des contrats, des conventions, des hypothèques, des tutelles, etc. » *Préface du droit public*, p. 6.

Digitized by Google

ces groupes d'objets ou de règles dans un ordre général et raisonné qui fasse ressortir leurs relations et leurs différences.

C'est comme l'ordonnance d'une armée dont le mérite résulte à la fois et de l'organisation savante des corps qui la constituent, et de l'ordre qu'on assigne à chacun d'eux sur le lieu du combat.

Sous ce double rapport, on peut dire que pour Domat c'était une œuvre nouvelle qu'il fallait entreprendre.

Jamais une méthode rigoureuse n'avait présidé au classement des matières dont le droit romain se compose.

Et d'abord, si l'on envisage ce droit dans son origine, il est évident, dit Domat, que « tant d'ouvrages de tant de « personnes, faits en divers temps, pour différentes vues, « sur divers sujets, et par un progrès insensible de remar- « ques particulières sur des faits de toute nature [1] », ne pouvaient former un corps de lois cohérent et lié avec ordre dans toutes ses parties.

Quant aux compilations de Justinien, en recueillant dans un vaste cadre « tant de pièces diverses détachées d'un nombre infini d'ouvrages », il semble que son but ait été de conserver le précieux dépôt des lois romaines plutôt que de les mettre dans un ordre naturel et raisonné.

On le reconnaîtrait à ce seul indice, que « les mêmes matières sont ramassées d'une manière dans le Digeste et d'une autre dans le Code tout différemment, et que dans l'un et l'autre de ces recueils plusieurs matières sont hors de leurs lieux, que quelques-unes même sont dispersées en divers endroits [2]. »

[1] Préface des *Lois civiles*.
[2] *Ibid.*

Digitized by Google

Mais si l'on aborde le détail de chaque matière, une confusion bien plus grande encore s'y fait sentir.

Dans aucune on ne voit les conséquences se déduire naturellement de leurs définitions et de leurs principes.

La plupart des règles de droit y sont comme enveloppées dans des décisions de fait d'où il faut que le raisonnement vienne les extraire.

D'autres y sont mêlées ensemble ou quelquefois scindées de telle manière, que tantôt il faudra « ramasser de divers endroits les différentes parties d'une règle unique », et tantôt séparer en règles différentes les deux parties d'un texte où cette distinction des matières n'était pas marquée.

Ici, c'est une définition dont la généralité apparente doit être restreinte à tel ou tel ordre de matières; là, c'est un axiome plus général dont le sens se trouvait mal à propos rétréci et borné.

En nous initiant à tous les secrets de cette patiente et consciencieuse analyse, en nous faisant assister à cette savante recomposition du droit civil sur ses bases naturelles et raisonnables, Domat me représente Boerhaave, Jussieu ou Cuvier, lorsque, avant de dresser le précieux inventaire des richesses de tel ou tel règne de la nature, ils étudiaient dans chaque individu les caractères propres qui devaient le rattacher à certain type des familles naturelles qu'ils reformaient avec tant d'art et de génie.

C'est particulièrement dans ce travail de refonte et de mise en ordre que notre auteur a tenu la promesse qu'il faisait dans son *Epître à Louis XIV,* « d'essayer de rendre plus facile la science des lois »; car autant, avant lui, il était difficile « de ranger dans son esprit ce qui était si dérangé dans les livres où il fallait l'apprendre [1] », autant, ce chaos une

[1] Préface des *Lois civiles.*

Digitized by Google

fois débrouillé, l'ordre qui en résulte projette de lumière sur la science du droit civil, qui a trouvé désormais sa méthode et ses règles.

Mais, après avoir rassemblé les matières analogues en groupes séparés, Domat voulut achever son ouvrage, et distribuer aussi dans un ordre logique ces différents groupes ou séries de matières.

Nous n'essayerons pas de dérouler ici le tableau des divisions dans lesquelles il a partagé son cadre.

Il y a toujours quelque chose de variable et d'arbitraire dans le classement que l'esprit, même le plus méthodique, assigne à telle ou telle partie d'un grand ensemble, et Domat n'hésite pas à reconnaître qu'il est certaines règles mixtes de leur nature, dont la place aurait pu se trouver indifféremment sous tel ou tel groupe de matières.

Ce que l'on remarque, ce que l'on admire dans une pareille entreprise, c'est la puissance avec laquelle un esprit supérieur domine la science du droit tout entière, et, l'embrassant dans sa vaste pensée, la délimite, la partage, la distribue dans les cases diverses qu'il lui a tracées d'avance.

C'est là le pas décisif qui sépare une science à l'état de système d'une science à l'état de rudiment et d'étude.

Ce pas, sans doute, ne peut se faire que quand la science est suffisamment mûre dans toutes ses parties, quand elle a été explorée jusque dans ses profondeurs par de patients travaux, quand elle s'est enrichie de ces découvertes du génie qui ont préparé la solution des problèmes les plus difficiles et aplani les derniers obstacles.

Mais, sans rien retrancher du légitime honneur qui appartient aux générations successives de savants et de sages d'où nous est venu ce trésor lentement formé, n'oublions pas non plus le prix du dernier effort par lequel tant d'élé-

Digitized by Google

ments divers ont été ramenés à l'unité d'un corps de doctrine au moyen d'une classification saisissante, et ont reçu, pour ainsi dire, la vie commune qui les doit animer.

Depuis que le livre de Domat est écrit, on ne peut pas dire que le code civil est fait; mais il était devenu faisable au point de vue du jurisconsulte et du magistrat.

Il y avait eu précédemment des recueils qui avaient porté le nom de code; mais l'idée à la fois philosophique et simple, abstraite et populaire, qui a fait la fortune et la puissance de ce mot dans le nouvel état de nos sociétés européennes, n'était pas encore développée et mise en œuvre.

Les Codes de Justinien, de Théodose, les Capitulaires de Charlemagne, les Établissements de saint Louis, n'étaient que des chapitres de lois recousus ensemble suivant une certaine analogie de matières, comme ces provinces successivement conquises que l'on réunit l'une à l'autre en s'attachant seulement à la configuration de leurs frontières.

C'était un moyen de retrouver les monuments législatifs, de les étudier comparativement, de faire ressortir leurs contradictions et leurs différences; mais la science du droit restait toujours un sanctuaire fermé, dont l'accès n'était permis qu'à un petit nombre d'adeptes, privilégiés de la fortune et de l'étude.

Domat, l'un des premiers, s'est occupé, comme il s'en fait lui-même honneur, d'arracher les épines qui hérissaient l'entrée des lois; il a tracé, d'une main bienfaisante et hardie, ces larges routes qui ont fait circuler l'air et la vie dans des régions encore incultes et presque inconnues.

En travaillant ainsi au profit de la raison et de la justice, il travaillait, à son insu peut-être, au profit de la liberté.

Digitized by Google

Car, pour préparer les voies à la transformation politique et sociale qui devait venir en son temps, il fallait qu'auparavant la philosophie du droit eût accompli son œuvre.

Lorsqu'on voit qu'une science n'a presque plus d'obscurités et de mystères, qu'elle devient plus facilement accessible à tout le monde, on peut en conclure hardiment qu'elle s'est rapprochée de la vérité, qu'elle a su se dégager de beaucoup de préjugés et d'erreurs.

Le livre des *Lois civiles* a fait plus, sous ce rapport, que bien d'autres livres qui affectaient plus de hardiesse et d'indépendance, mais qui souvent dépassaient le but au lieu de l'atteindre.

Sans chercher autre chose que la vérité, sans accepter d'autre guide que sa conscience, Domat s'est proposé simplement d'introduire quelque ordre dans l'étude du droit civil, et sous sa main ce droit se transforme, s'élargit, s'humanise; les subtilités de l'école disparaissent : la raison se fait jour, et à sa suite une sage liberté vient tempérer la rigueur des lois; partout on voit pénétrer la clarté, le bon sens, la classification, la méthode. Le secret de nos Codes est trouvé.

Ce secret, si j'avais à le définir, je ne le ferais pas consister seulement dans l'art d'aligner des chapitres, de numéroter des articles, de grouper ensemble des matières; mais bien plutôt dans cette sagesse qui a su mettre le droit civil à la portée de toutes les consciences par l'évidence de sa justice, comme à la portée de tous les esprits par la vérité de son expression, par sa simplicité, par sa logique, en sorte qu'il portât pour ainsi dire son explication en lui-même, qu'il suffît de le lire pour le comprendre, de le comprendre pour l'approuver, et que le même livre contînt, dans une

Digitized by Google

certaine mesure, les préceptes et l'enseignement des lois.

Pour atteindre à ce résultat, qui paraît maintenant si simple, mais qui était si difficile, toute méthode qui ne se serait pas appuyée sur la philosophie du droit, devait rester impuissante. L'excellence de la classification adoptée par Domat tient à ce point, qu'elle se déduit tout naturellement des premiers principes qu'il avait posés.

Dans le *Traité des lois*, Domat avait distingué deux sortes de liens ou de contrats :

Ceux par lesquels la société s'établit et subsiste ;

Ceux par lesquels elle dure et se perpétue.

De là cette division fondamentale de toutes les matières du droit civil en deux parts : les engagements et les successions.

« Les engagements, dit notre auteur, sont les liens dont Dieu s'est servi pour maintenir la société des hommes dans tous les lieux, comme la nature des successions est d'en maintenir la durée dans tous les temps [1]. »

Le Code civil a, dans son livre III, conservé ce partage qu'indique la nature des choses elle-même ; mais il a retourné l'ordre des matières, en faisant passer les successions avant les contrats.

L'ordre adopté par Domat me paraît plus philosophique et plus naturel.

Il a cet avantage, important surtout dans une méthode, de procéder du simple au composé.

Dans les engagements qui se contractent entre vifs, le législateur n'intervient, en général, que comme arbitre, pour donner force et exécution à la volonté exprimée ou présumée des parties, et pour faire produire à chaque contrat les suites

[1] Edition de 1777, p. 338, première colonne.

Digitized by Google

qui sont de son essence ou de sa nature. Mais on tient, en ces matières, que c'est la volonté des contractants qui fait loi, sauf les engagements où quelques-uns se trouvent placés par la force des choses, ou, pour se servir de l'expression chrétienne, par une disposition particulière de la Providence.

En matière de successions, au contraire, l'Etat n'est pas seulement l'exécuteur de la volonté des parties, il doit avoir la sienne et il intervient pour la dire; car la loi naturelle a posé la question, mais sans la résoudre : elle a mis en présence deux droits divers, entre lesquels la loi politique reste juge. La voix du sang se fait entendre d'un côté, la liberté des testateurs réclame de l'autre; les deux grands principes qui servent de base commune aux sociétés humaines semblent ainsi engagés dans une sorte de lutte où il faut bien que la raison d'Etat leur serve d'arbitre. Si vous accordez trop aux droits de la famille, les droits de la propriété n'en seront-ils pas amoindris? Si vous n'assignez pas de limite au droit du propriétaire, à quelle situation dépendante et précaire ne réduirez-vous pas ses fils? C'est sur ce terrain que le droit coutumier et le droit écrit avaient, chacun, arboré leur bannière. La loi des Douze Tables était là, debout après tant de siècles, quoique adoucie par mille tempéraments, humanisée par le contact de l'Evangile et par les mœurs. Elle proclamait encore, dans quelques-unes de nos provinces, cette vieille maxime des Romains : la prédominance de la volonté de l'homme sur la voix du sang; tandis que la maxime française, au contraire, acceptant l'héritier que la Providence désigne, resserrait, par la sanction de la loi, les liens de la nature, et, tout en consacrant l'autorité puissante et efficace du père, réservait au *prochain lignager*, comme au suzerain légitime de l'*hoirie*, le titre et les honneurs de l'héritage.

Digitized by Google

J'admire avec quelle liberté d'esprit Domat discute cette grande thèse : « Laquelle des deux successions est la plus favorable, la testamentaire ou la légitime? » Il trouve nos coutumes aux prises avec le principe vital du droit romain, de ce droit qu'il a lui-même choisi pour guide, mais sans abdiquer l'indépendance de son jugement et de sa raison.

Ce n'est donc pas à l'autorité de la loi romaine qu'il se rendra; il n'aura pas non plus recours, pour résoudre ses doutes, à ces raisonnements abstraits qui, à force de creuser une matière, dessèchent l'âme et égarent quelquefois même le génie [1].

Il se laissera conduire, comme toujours, par l'inspiration de sa conscience : l'argument le plus simple est, à ses yeux, le plus fort.

« N'est-il pas naturel, dit-il, que les biens étant un accessoire de la vie, ceux des parents passent aux enfants comme un bienfait qui doive suivre celui de la vie [2]? »

A ce premier titre de préférence, tiré de l'ordre de la famille, Domat ajoute une seconde considération tirée de l'ordre politique, mais non moins frappante de simplicité.

« Celles-ci, dit-il en parlant des successions légitimes, sont d'une nécessité absolue pour l'ordre de la société, car il faut que les biens des mourants qui n'ont pu en disposer ou qui l'ont négligé, passent à des personnes que les lois y appellent, au lieu que cet ordre de la société pourrait subsister sans l'usage des successions testamentaires, par le simple usage de la succession des héritiers du sang [3]. »

[1] « La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers. » *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. VI.

[2] Edition de 1777, p. 339, deuxième colonne.

[3] *Idem*, p. 343, première colonne.

Digitized by Google

Aussi conclut-il que « les successions testamentaires sont comme des exceptions de la loi naturelle des successions légitimes, et que la liberté de disposer de ses biens par un testament en faveur d'autres personnes que des héritiere du sang, et surtout le pouvoir de faire d'autres héritiers, sont comme une dispense de la règle commune et universelle qui appelle les héritiers légitimes aux successions[1]. »

Il ne s'agissait presque dans ce débat, sous la forme où Domat l'engage, que de savoir quel livre aurait la priorité dans son ouvrage, celui qui traite *des successions légitimes* ou celui qui s'occupe *des successions testamentaires*. Mais cette question, que notre auteur faisait petite, était en réalité la plus grosse des temps modernes : c'était celle d'où devait sortir, comme l'a si bien montré M. Troplong, la démocratie tout armée; car, au fond du droit coutumier et de sa réforme, se trouvait, en creusant un peu, le principe de l'égalité des partages.

Il ne faut donc pas s'étonner si, au moment même où il déclare hautement sa préférence pour les droits du sang, Domat mesure avec tant de soin ses paroles lorsqu'il s'agit d'entrer plus avant dans cette délicate matière, et d'établir en quelque sorte un parallèle entre les diverses coutumes « pour considérer lesquelles ont plus ou moins d'inconvénients ou d'avantages. »

« Il y a, dit-il, cette utilité commune en toutes, que chacune a ses règles fixes qu'on y prend pour justes et qui assurent le repos des familles : ce qui n'empêche pas que la multitude des coutumes que nous avons en France, si différentes les unes des autres, ne fasse naître naturellement la question de savoir ce qui serait le plus utile, ou cette diver-

[1] Edition de 1777, p. 395, première colonne.

Digitized by Google

sité de règles bornées chacune en son lieu, ou une seule règle commune partout. Mais on ne doit pas s'arrêter, ajoute-t-il, à toucher ici inutilement une question de cette importance. »

Ne blâmons pas ce ton de ménagement et de réserve si différent de nos habitudes d'aujourd'hui : c'est avec ce respect conservateur pour des institutions séculaires qu'on pouvait émettre sans danger des idées généreuses et nouvelles, et méditer pour son pays de sages progrès.

Mais cette réserve prudente n'excluait pas, tant s'en faut, la franchise et la liberté des conseils dans les matières qui paraissaient appeler, de la part du prince, une réforme nécessaire ou une amélioration évidente.

A mesure que l'auteur du *Traité des lois* pénètre dans cette partie du droit civil qui, touchant de plus près au droit public, présente moins d'applications des premiers principes et plus de règles variables ou arbitraires, il rencontre aussi des occasions plus fréquentes de signaler au législateur des anomalies ou des lacunes, et, en indiquant *le besoin qu'on aurait de règles plus fixes, plus simples ou plus précises,* il sait assez faire pressentir les solutions désirées par sa conscience[1].

La modestie de la forme n'ôte rien à l'autorité de ses conseils.

Ce serait une étude curieuse sans doute et honorable pour la mémoire de Domat, de rechercher combien, même sous les derniers règnes de la monarchie, il y eut d'améliorations de détail, de réformes partielles du droit civil, dont la

[1] Voir notamment : édition de 1777, p. 424, deuxième colonne; p. 425, première colonne; p. 436, deuxième colonne; p. 442, deuxième colonne; p. 446, deuxième colonne; p. 502, première colonne, § 2; p. 540, première colonne, au bas.

Digitized by Google

pensée première avait été puisée dans son livre; mais ces faits particuliers s'effacent aujourd'hui devant son principal titre de gloire, la part qui lui revient dans les travaux d'où est sortie l'unité de législation pour la France.

J'avais, presqu'au sortir des bancs de nos écoles, essayé de compter les articles des Codes français dont le texte n'est qu'une reproduction littérale des règles formulées par Domat.

J'ai compris depuis que ce n'était pas à cette étroite mesure qu'il fallait apprécier la valeur du grand ouvrage dont je viens d'esquisser le plan et d'étudier l'esprit et la méthode.

C'est de plus haut qu'on doit juger l'influence du *Traité des lois* sur le mouvement intellectuel et moral qui a produit, par le Code civil, l'union de la pensée chrétienne et philosophique dans notre droit.

Sans parler ici de ce courant d'idées hardies et nouvelles qui, pendant le dernier siècle, a fait de toutes parts irruption dans le domaine de la philosophie du droit, et pour nous en tenir aux origines juridiques et naturelles du Code civil, deux hommes surtout ont mérité, par le caractère d'universalité que présentent leurs ouvrages, de prendre place, avec Domat, parmi les fondateurs de notre droit moderne.

L'un, son contemporain, avait embrassé dans son livre toutes les parties du droit coutumier et du droit écrit : il avait distribué dans un ordre méthodique d'immenses matériaux recueillis avec ce dévouement à la science qui lui a suffi également pour remplir l'espace d'une longue et laborieuse carrière.

Mais, faute de la pensée philosophique qui peut seule communiquer à un grand corps d'ouvrage l'intérêt et la vie, les

Digitized by Google

traités de Despeisses sont restés comme les membres épars d'un tout inachevé : on les consulte avec fruit comme tant d'ouvrages utiles et profonds de jurisconsultes distingués dont les travaux ont enrichi diverses parties de notre droit et dont chacun a apporté sa pierre, sans laisser son nom à l'édifice.

Digne émule du pieux Domat, l'auteur du *Traité des obligations* est venu, aux derniers jours de la monarchie chancelante, continuer, en la développant, l'œuvre inaugurée par le livre des *Lois civiles*. Il semble qu'en donnant Pothier pour dernier interprète à notre ancien droit, la Providence ait voulu mettre jusqu'au bout, sous la sauvegarde de l'esprit chrétien, cette vieille tradition de justice qui s'était conservée d'âge en âge dans les écrits et surtout dans la conscience de la magistrature française, et dont le dépôt a été si bien recueilli de nos jours par le religieux ministre à qui échut l'honneur de préparer à la fois le Code civil et le concordat.

Mais si, par la gravité modeste de sa vie, par la fermeté de sa foi, par la rectitude de sa raison, par la profondeur de son savoir, et surtout par ce cœur honnête et droit qui pouvait lui tenir lieu de génie, le magistrat d'Orléans rappelle les qualités éminentes de l'avocat du roi de Clermont, les services qu'ils ont rendus à la science des lois, bien qu'équivalents peut-être quant aux résultats pratiques de leurs ouvrages, peuvent-ils se comparer quant à la portée des principes, quant à la hauteur de la pensée ?

Ce qu'avait entrepris Domat, c'était la transformation du droit écrit, qu'il voulait retailler tout entier sur le patron de notre état social et de nos mœurs.

Il avait ainsi posé son admirable théorie des lois, comme la base du système nouveau où les règles du droit naturel et

Digitized by Google

de l'équité se trouveraient dégagées des subtilités de l'esprit romain.

C'est sur ses jalons qu'a été tracée la route qui s'ouvre aujourd'hui si large et si facile devant nous.

En s'inspirant du même esprit de justice et de méthode, personne n'a mieux exposé que Pothier les détails de chaque matière, ni fait pénétrer plus de lumière et de raison dans la science usuelle du droit ; il a même sur l'auteur des *Lois civiles* cet avantage, d'avoir étendu sa discussion lucide et savante aux importantes matières du droit coutumier que Domat avait exclues du dessein de son livre, bien qu'elles lui aient fourni le sujet de tant d'aperçus lumineux et d'observations fécondes. Mais ce coup d'œil rapide et sûr qui embrasse une science tout entière, qui la mesure dans son état présent et dans ses progrès possibles, pour la faire avancer par de courageux efforts, Pothier l'aurait-il eu au même degré ?

Il est permis d'en douter quand on le voit consumer tant de trésors de patience, de savoir et d'habileté à recomposer pièce à pièce, et en latin, ce vieux tronc du droit romain dont Domat avait extrait pour notre usage, et dans notre langue, tout ce qu'il contenait de sève et de vie.

Mais, sans pousser plus loin ce parallèle entre deux hommes qui seront à jamais l'honneur de la magistrature et de la science, disons plutôt que chacun d'eux est venu accomplir son œuvre en son temps.

A la veille d'une tempête qui menaçait d'engloutir notre ancien droit, Pothier a paru pour l'écrire, sous la dictée de la conscience et du bon sens, comme on avait écrit les coutumes provinciales sous Charles VII, pour les sauver de l'oubli des peuples.

Sa rédaction si précise et si claire s'est trouvée toute prête,

Digitized by Google

à la renaissance de l'ordre et du pouvoir, pour s'aligner en articles dans nos Codes.

Mais, en rendant à cette mémoire vénérée un si légitime hommage, nous ne refuserons pas à Domat plus de vigueur native, plus de force spontanée, plus d'inspiration et d'élan, pour avoir entrepris la réforme de notre droit civil, et tracé, sous Louis XIV, un plan de législation dans lequel ont pu trouver place toutes nos libertés. CAUCHY.

A la suite de cette lecture, MM. Charles Giraud et Portalis ont présenté quelques observations.

M. PORTALIS a dit : Je m'unis à M. Giraud dans l'appréciation qu'il vient de faire de la communication de M. Cauchy. C'est un travail éminemment utile. Il importe d'appeler l'attention de ceux qui se livrent à l'étude des lois sur les écrits des esprits élevés qui sont remontés jusqu'aux premiers principes du droit, et ont rattaché la législation positive à la morale naturelle et à la grande et saine philosophie. Domat n'est pas en possession de la réputation qu'il mérite, et M. Cauchy contribuera à la lui rendre.

Différentes causes ont concouru à empêcher que Domat fût estimé à sa juste valeur. Domat était, comme l'on sait, un modeste magistrat de province. Les jurisconsultes de province étaient, à cette époque, des praticiens souvent érudits, mais rarement soucieux de généraliser leurs idées : ils se renfermaient la plupart du temps dans la discussion des faits et des actes qui étaient l'occasion des procès, et des arrêts ou des décisions qui s'appliquaient à des questions analogues. Domat rompait avec cette école. Il appartenait à la grande famille des penseurs du dix-septième siècle. C'était un esprit élevé qui prenait les choses de haut, bien supérieur à l'esprit qui régnait alors au Palais. Il n'était donné qu'à quelques rares intelligences de l'apprécier et de le comprendre, au premier président de Lamoignon, par exemple. Les juristes dédaignaient son esprit philosophique ; les

Digitized by Google

moralistes, les littérateurs, les philosophes, ne s'en doutaient pas. Les premiers le méconnaissaient, les seconds ne le connaissaient pas. Sa supériorité même s'opposait à son succès.

Au dix-huitième siècle, lorsque les lumières se répandirent, les principes de Domat ne se trouvèrent plus en faveur. La science a ses modes comme le goût. La philosophie de Domat était proche parente de Bossuet et de Pascal, et elle avait obtenu l'approbation et les encouragements de Boileau ; mais ce n'était plus celle qui florissait au dix-huitième siècle. Ainsi, il est arrivé que Domat a été un philosophe trop avancé pour sa profession au dix-septième siècle, et qu'au dix-huitième sa philosophie parut surannée. C'est que Domat était chrétien, et que les philosophes du dix-huitième siècle avaient peu de goût pour le christianisme, et malheureusement ceux qui étaient chrétiens étaient divisés. Pour certains docteurs en faveur dans le clergé et à la cour, le christianisme de Domat, qui aurait dû rendre sa doctrine si précieuse aux hommes religieux en un temps d'incrédulité, était loin d'être une recommandation. A leurs yeux, Domat avait un tort : il était suspect de jansénisme, et s'ils n'osaient le mettre à l'index, ils se taisaient sur ses mérites et auraient craint de le faire valoir.

Pothier fut plus heureux : il ne fit ombrage à personne. Comme Domat, Pothier était chrétien fervent et de l'école de Pascal et de Bossuet, mais il entra dans une voie qui n'éveilla point la défiance. Humble professeur d'Université de province, il enseignait plutôt en moraliste qu'en philosophe. Il résolvait juridiquement les cas de conscience, et il éleva la casuistique à la hauteur de la jurisprudence plutôt qu'il n'éleva la jurisprudence à la hauteur de la philosophie. Ses écrits étaient spécialement destinés aux hommes du métier. Sans s'élever aux vues générales, il composait de bons petits traités de jurisprudence très-substantiels, très-précis, écrits d'un style clair et correct, et très-appropriés à l'instruction des jeunes magistrats et des jeunes étudiants. Comme il ne considérait jamais le droit qu'au point de vue juridique, sa réputation croissait en paix et sans

Digitized by Google

conteste. C'était un parfait rédacteur de lois et de règles de droit, tandis que Domat était un des plus grands écrivains du dix-septième siècle. Aussi, Pothier n'excitait la jalousie de personne. On ne prévoyait pas le triomphe qui l'attendait le jour où se publierait un Code civil dont les sages et habiles auteurs auraient le bon esprit et la modestie d'adopter souvent ses rédactions quand ils adoptaient ses décisions, et de les préférer à l'honneur périlleux de les refaire. Ces diverses causes expliquent la différence dans le succès de la réputation de ces deux personnages.

Quoi qu'il en soit, a ajouté en terminant M. Portalis, je regarde Domat comme bien supérieur à Pothier.

L'esprit de méthode distingue Pothier, il résout avec méthode et exactitude les questions controversées; il possède la jurisprudence jusque dans ses moindres détails. C'est un docteur habile à résumer les travaux de ses prédécesseurs, à faire une application soigneuse des préceptes du droit à l'universalité des espèces; c'est, en un mot, un excellent jurisconsulte.

Domat est toujours animé par un admirable esprit philosophique. Il remonte sans cesse aux premiers principes du droit, il déduit des idées générales les solutions des questions controversées, et les rattache aux principes de la science. Il se distingue par la profondeur de la pensée et l'élévation des sentiments : Dieu, l'homme et la société, le préoccupent sans cesse; il ne sépare jamais le droit et les lois de leur destination providentielle; il agrandit tout ce qu'il touche. On peut dire qu'il est à la fois publiciste, philosophe et jurisconsulte.

Digitized by Google

DU RÉTABLISSEMENT DU CAUTIONNEMENT

EN MATIÈRE

DE SURVEILLANCE DE LA HAUTE POLICE.

Si, comme on s'en est bientôt aperçu, une des réformes les moins acceptables introduites dans le Code pénal, par la loi de 1832, a consisté dans l'adoucissement de la surveillance des libérés, la suppression du droit d'être admis à se cautionner, dont ils avaient joui jusqu'alors, ne fut guère moins irréfléchie; elle n'a pas laissé d'aggraver le désordre auquel le décret du 8 décembre dernier a voulu pourvoir.

Mais ce décret ne rend pas cette suppression moins regrettable; il imprime, au contraire, au rétablissement du régime des cautionnements un caractère d'urgence.

Les mots de *caution* ou *cautionnement*, pris dans leur sens le plus large, signifient le gage ou l'otage d'où naît ou qui fournit un recours en cas d'infraction d'un devoir. Permettre l'exercice d'une faculté, en empêcher les abus, et, le cas échéant, pallier leurs suites, favoriser par l'intérêt qu'y doit prendre un tiers ou l'individu lui-même l'accomplissement d'une obligation, tels sont ici le but et le résultat, tels sont les moyens. Soit que l'opération dont il s'agit crée entre deux hommes des liens de gratitude tout ensemble et de tutelle, soit qu'elle maintienne dans la ligne droite, par les motifs de plus qu'elle donne de ne pas s'en écarter, elle n'a

Digitized by Google

pas, en réalité, d'inconvénients; et c'est un éloge pour une institution humaine que de ne prêter matière à d'autres reproches que ceux que celle-ci, vue dans toute sa généralité, peut encourir.

A la différence du cautionnement professionnel, dont les lois des 25 ventôse an XI et 30 frimaire an XIII offrent des applications, et de même que le système de la responsabilité des communes, adopté en l'an X et auquel l'unit une étroite filiation, le cautionnement judiciaire est une théorie d'origine anglaise. Le rédacteur du sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII l'avait-il en vue dans l'article 131, lorsqu'il créa l'expression de *surveillance de la haute police?* Si les synchronismes autorisent à le penser, rien ne le démontre. Il serait hasardeux de se fonder sur ce que depuis l'an XIII on voit figurer à l'Almanach impérial et fonctionner à la troisième division de la police générale un bureau distinct de celui des prisons et chargé de l'examen des motifs de mise en liberté des citoyens arrêtés par mesure politique. Il ne paraît pas non plus que cette théorie se combinât avec le texte des décrets des 19 ventôse an XIII et 17 juillet 1806, décrets destinés, selon Locré (t. XXVIII, p. 194), à régler l'exécution de l'art. 635, alors en projet, de notre Code d'instruction. Mais l'exposé des motifs du Code pénal, les harangues des orateurs du Corps législatif, tous les documents contemporains nous indiquent qu'en 1810 on envia au droit anglais l'avantage, dont Blackstone s'enorgueillit et lui fait honneur, de renfermer un chapitre de préservation. Le vice-président du tribunal de la Seine venait, dans son Code de la sûreté publique, de préconiser les *recognizances for peace and good behaviour*. Il y signalait, comme mesures de prévoyance, la responsabilité civile et le cautionnement attachés à l'exercice de certaines fonctions. Pour empêcher

Digitized by Google

les récidives, écrivait-il, *ce moyen semble autorisé non-seulement par la position d'un homme frappé par la loi, mais encore par les motifs qu'il donne à sa volonté d'éviter les rigueurs de son usage.* M. Target, le prince archichancelier, les comtes Treilhard et d'Haubersart se montrèrent à l'envi les adeptes de la même doctrine que ce magistrat. Le frère de l'abbé Bexon se trouva interpréter l'expression employée par Lacépède [1]. « Il convient, disait Cambacérès, le 8 octobre 1808, de fixer la quotité du cautionnement; il ne faut pas empêcher les domiciliés d'en profiter quand ils n'ont qu'une fortune médiocre. » « Les vagabonds signalés, les condamnés même à la simple infamie, portent les prolégomènes de Target, sont, quant à leur liberté personnelle, transférés de l'empire de la loi sous celui de l'administration, et l'exercice de celui-ci sera soumis aux règles suivantes: 1° Le gouvernement pourra exiger d'eux une caution solvable de bonne conduite et en déterminer le montant; 2° faute par eux de présenter et faire agréer cette caution, le gouvernement pourra les obliger à sortir de tel lieu où il les jugerait nuisibles, ou à résider dans tel autre où il les croirait moins dangereux; 3° en cas de désobéissance, ils pourront être arrêtés et détenus pendant un temps déterminé, sans qu'il y ait détention arbitraire. »

On reconnaît la gradation et l'économie de l'ancien article 44, et par conséquent, la surveillance commentée de la manière la plus authentique consistait, en 1810, dans l'application du régime des cautionnements.

On sait que deux avis du Conseil d'Etat, en date des 4 août et 30 septembre 1812, dont l'un, contraire à l'opinion

[1] Le sénatus-consulte organique fut en partie l'œuvre du plus illustre de ces continuateurs de Buffon.

Digitized by Google

du ministre Savary, portèrent atteinte à ce mécanisme du Code, mais on connaît moins les observations émises à ce propos par la section de législation; j'en extrais ce passage : « L'art. 44 ne dit pas qui *aura* été fixée, mais qui *sera* fixée; en effet, ce n'est pas lors de l'arrêt, mais seulement après la peine que la caution peut être exigée : quelle nécessité y a-t-il de fixer par anticipation! » Eh bien! il y avait dans cette distinction le germe d'un progrès. Pourquoi ne faire entrer pour rien dans l'évaluation de la somme à requérir la conduite du condamné pendant la durée de sa peine? A l'aide d'une combinaison de l'action des juges et de celle de l'administration le progrès pouvait s'effectuer. Par la résultante ou l'amalgame des données du débat et de celles recueillies au cours de l'expiation, se révèle la proportion à saisir entre la gravité de l'alarme dont le libéré frappera les citoyens et l'étendue de la garantie que, respectivement à ses ressources, il y a lieu d'exiger de lui.

Le législateur de 1832 ne chercha point la solution du problème. A une amélioration dont l'idée lui traversa l'esprit, il préféra la suppression des cautionnements. Ils avaient contre eux, outre le défaut d'assiette de leur détermination, une coalition de préjugés et de rancunes. En vertu de la loi du 9 novembre 1815, on en avait fait abus. M. Carnot, dans ses Codes mis en harmonie avec la Charte, avait protesté contre l'exigence de 20,000 fr. envers une personne qui, *en vendant jusqu'à sa chemise* (ce sont les mots dont il se sert), *était hors d'état de réaliser le quart de cette somme*. Les esprits toujours en garde contre le fantôme des priviléges et les inégalités naturelles auxquelles ils redoutent que l'on en adjoigne d'artificielles, abondaient dans les Chambres. L'absence d'égard, soit à la régénération, soit à l'endurcissement du détenu, choquait tout le monde, et dans cette

Digitized by Google

même année où la Commission du projet sur la liberté individuelle proposait, par l'organe de M. Faure, de réduire des neuf dixièmes le minimum prescrit ou autorisé par l'article 119 du Code d'instruction, au lieu de partir de ce même chiffre de 50 fr. pour la réglementation des cautions à fournir aux termes de l'article 44, on se contenta de l'innovation du relâchement, et quant aux cautions sur lesquelles roulait l'article, on fit table rase. L'égalité se trouvait sauve. Il fallut que les adversaires de ce nivellement, d'autant plus inattendu que le gouvernement n'en prenait pas l'initiative, se contentassent de l'espoir de voir cette ruine se réparer plus tard par le Code pénitentiaire : code encore à venir aujourd'hui, et dont on dit tantôt qu'il doit porter sur l'état des prisons, non sur l'état de ceux qui en sont sortis, tantôt qu'il dépend de ce que seront les libérés, et ne doit passer qu'après la question qui les concerne[1].

Le décret du 8 décembre contient un emprunt au Code de 1810. Mais en y prenant ce qui était à charge, ne doit-il pas y puiser également ce qu'il renfermait de favorable? La réforme des relâchements introduits en 1832 n'est pas la seule aggravation du destin des surveillés. Du même coup qu'il resserre les liens de la peine, le décret frappe avec un redoublement de force sur celui qui la fuit. L'évasion sans bris de prison ou violence échappe à tout châtiment, et cette autre évasion, à laquelle pousse la possession d'une demi-liberté et qui se traduit en ban rompu, devient passible d'une transportation dont le maximum est de dix ans et le minimum de cinq! Par la loi de 1832, l'infraction du ban

[1] Voyez les opinions de MM. Beugnot et Léon Faucher (*Moniteur* de 1844, p. 546, et *Revue des Deux-Mondes*, février 1844).

Digitized by Google

put entraîner cinq ans d'emprisonnement; plus étroit à présent, c'est dix, si pas quinze années de répression que sa rupture comporte. Et en sa qualité de mesure d'exécution, ce châtiment (car, au fond, c'en est un) atteindra même ceux qui, lors du délit dont leur surveillance est la suite, ignoraient qu'ils couraient de si grands risques. L'accès à la rançon serait ici la part de l'indulgence, et cette part, il la faut de toute équité.

Le tempérament que je réclame a pris place dans le projet du Code prussien; le retour à ce régime, en France, répond à un besoin de justice, et, de plus, aura son utilité.

Il ne faut pas que l'on se méprenne sur ce que j'entends par ce mot. Je ne me préoccupe pas d'un intérêt pécuniaire; en d'autres termes, de l'assurance d'un dédommagement pour les victimes des faits de récidive des surveillés; je ne me place point dans l'hypothèse où la rechute aurait lieu. Je me préoccupe en ce moment d'une autre utilité. Sans aucun doute, la réforme de 1832 a été funeste. Elle a jeté incessamment sur les grandes routes ceux que les passants redoutaient surtout d'y rencontrer. Gyrovagues, afin de se délasser de leurs séquestrations, conviés à se créer, par un pseudonyme, un état civil à l'aide des sommiers correctionnels, les repris de justice sont devenus dangereux à l'excès. En effet, instruits à la fois de l'aggravation dont les art. 57 et 58 C. pén. menaçaient la récidive et de l'interdiction de cumul écrite dans l'art. 365 C. instr. crim., ils se sont fait une arme de l'un et un jeu des autres, éludant ou bien exploitant la loi. Presque provoqués à se réunir, ils ont formé des bataillons. Les bandes des quarante et des quatre-vingts voleurs, des souvenirs gravés à jamais dans nos annales, et en dehors de celles des tribunaux, en témoignèrent assez.

Digitized by Google

Ce n'est pas un vain mot du décret du 8 décembre que cette déclaration d'insuffisance de la législation à l'encontre de l'état de révolte où se maintiennent des vagabonds, au mépris de la sécurité publique. Mais le souvenir des vices reprochés en 1832 au système des résidences fixes, a aussi son prix. Semblable à la marque, mais à une marque que les vêtements ne couvrent pas, le renvoi sous la surveillance du gouvernement fermait l'accès des ateliers. Rivant par l'infamie les convicts à la misère, il leur inspirait de nouveaux délits. La privation du pain quotidien, l'impossibilité d'en gagner étouffait toute résolution d'une vie meilleure. Traqués de commune en commune, puis parqués en une seule, celle de leur naissance ou des plus lointaines, objets alors d'opprobre ou d'effroi, repoussés en tant que connus ou qu'inconnus, lépreux en quelque sorte et réprouvés, libérés de nom (triste nom !) mais enchaînés de fait, les surveillés se plaignaient comme d'une torture de la vigilance de l'administration à leur égard. Un nommé Bouix, qui avait connu ce supplice, se cacha à Clairvaux le jour de l'expiration de sa peine, afin de rester en prison. On le renvoya. Il dit qu'il s'arrangerait pour être retrudé pour la vie; et, selon le récit de la feuille de l'Aube, il parodiait un mot historique, s'informant si, comme dans la garde nationale, il ne pourrait pas remplacer quelqu'un.

Dans le premier de ses écrits sur la matière, le chef du parquet de Brest, M. Gouin, cite des vagabondes prévenues d'infraction de ban, qui auraient demandé un bagne de femmes s'il n'avait pas fallu tuer un homme. Ce n'est pas sans raison que M. de Tournon disait à la pairie, le 19 mars 1832 (voy. *Moniteur* du 20) que, ne pouvant vivre de leur travail, les forçats redeviendraient brigands.

Ces situations intolérables, ces cas désespérés, il y a uti-

Digitized by Google

lité d'en amoindrir le nombre; d'abord parce que, pour demeurer efficace, l'action de la police ne doit pas trop agrandir son cercle : vouloir tout embrasser nous réduit à ne rien étreindre; ensuite et surtout parce que, d'une masse d'hommes poussés à bout, à qui leur sort ne laisse rien à craindre, qui n'ont que le mal pour moyen d'être, naît un grand péril. Les crimes se punissent, mais la peine n'indemnise jamais des pertes; elle ne peut ni relever les ruines, ni ressusciter les morts, ni même assurer que la délétère instigation du malfaiteur ne laissera pas derrière lui des imitateurs, des adhérents, sinon des vengeurs dans ses complices.

Or, la faculté d'obtenir, sous caution, l'affranchissement des entraves de la surveillance, satisfait à cette nécessité de salut public. Nul doute que, malgré l'incontestable multiplicité des récidives, il ne sorte des bagnes, des maisons centrales, enfin des liens de l'incarcération, dont la surveillance de la haute police se trouve l'accessoire, une infinité de condamnés qui n'encourent point de nouvelles leçons. Les pénitenciers militaires, les prisons d'Haguenau, de Cadillac, de Clermont, les quartiers des femmes dans les autres maisons centrales, enfin la partie des bagnes même où s'expient les attentats contre les personnes, comptent en petit nombre les malheureux qui s'y appellent *chevaux de retour*. Il en est ainsi maintenant déjà, je veux dire, en dépit de ce que la locomotion facultative peut imprimer d'intensité à la plaie qui nous occupe. Chaque année le nombre des réhabilitations tend à s'accroître[1]. Au 1er jan-

[1] Voy. t. IV, p. 453 (année 1836) de la *Revue de législation et de jurisprudence*, et dernier volume de la *Revue de législation étrangère*, la dissertation de M. Demante fils sur la réhabilitation, et mes observations sur le même objet. — Adde *Journal du droit criminel*, 1847, p. 35; le rapport de M. Rocher.

Digitized by Google

vier 1842, sur 1,112 libérés autorisés par M. le préfet de police à rester à Paris, il en était peu, d'après un rapport de ce magistrat, à qui l'on eût des reproches à faire.

Si les repris de justice inoffensifs arrivaient à jouir des conditions de la vie commune, il va de soi que la société n'y trouverait qu'avantages. Il convient que cet affranchissement s'opère en vertu du droit que leur conférerait le dépôt d'un cautionnement, et non par l'effet du bon plaisir de l'administration. D'une part, en le subordonnant à l'acquiescement du pouvoir, en y engageant une responsabilité administrative, on rend douteux un allégement dénué, on le reconnaît, d'inconvénients; d'autre part, on se refuse un moyen de rendre plus rares les rechutes qui restaient à craindre. Un cautionnement donne une sûreté; cette sûreté, son taux sera variable. Elle peut donc, et pour tous les libérés du moment qu'elle s'offre, elle peut, dis-je, se substituer à la garantie cherchée ailleurs. Sous la réserve du compte à tenir des conjonctures, un gage en remplacera un autre; l'entrave pécuniaire l'entrave corporelle, *in ære si non in cute;* et, mesure pour mesure, celle qui prend son point d'appui dans les choses ne le cédera point à celle qui s'adresse à la personne; le fil d'argent ou d'or dont la justice gardera le bout ne sera pas le moins puissant.

Je laisse à leurs illusions ceux qui oublient que le coupable agit à son heure, principalement quand il récidive. Je n'écris point pour ceux qui voient là où il n'est pas le caractère préventif de la surveillance. Pratiquée avec sévérité, elle est efficace, mais par un côté seulement. Une égale efficacité doit-elle résulter du dépôt d'une somme de 100 ou 200 francs, par exemple, et de l'appréhension de la perdre? Y a-t-il là quelque chose qui soutienne hardiment la lutte

Digitized by Google

contre la tentation du crime? Interrogeons l'importance de l'intérêt auquel obéissent les criminels.

Une équation prise dans le rapport de la puissance du mobile et de l'énergie du contre-poids, amènerait une démonstration du genre de celles que comportent les sciences exactes. Ce qui est mathématiquement vrai n'est jamais rationnellement faux. Bien que les choses de l'ordre moral se prêtent peu à des calculs si précis, j'appelle ici l'attention sur quelques données que fournit la statistique.

La moyenne des pertes occasionnées par les vols jugés aux assises dans les cinq dernières années, est d'un peu plus de 300 fr. Tirant argument des applications de l'article 463 avant 1832, c'est-à-dire dans son texte primitif, j'estime les pertes causées par les filouteries et larcins correctionnels, au dixième de cette somme. Je me bornerai à un examen relatif aux crimes; les phénomènes de la sphère correctionnelle se déduisent, échelle réduite, de ceux observés dans la sphère criminelle. Sur 3,789 vols commis en 1849 et du ressort du jury, une valeur de moins de 10 fr. pour 562, de 10 à 50 fr. pour 628, de moins de 100 fr. pour 2,086, était l'appât de l'accusé. En 1848, ce chiffre, de moins de 100 fr., n'a été dépassé que pour un peu plus du tiers.

Si j'aborde les autres méfaits empreints d'un désir de gain (ce n'est guère que de tels actes que la surveillance empêche le retour), la série d'incendies, d'assassinats, d'empoisonnements perpétrés dans un intérêt minime, serre le cœur, mais excite la réflexion.

Beaucoup de meurtriers ne songeaient qu'à voler. Un but du même genre, et des profits souvent bien inférieurs au chiffre de 100 fr., mettent les torches dans les mains; il y a des infanticides afin d'épargner des mois de nourrice, et

Digitized by Google

des empoisonnements pour arrêter les plus modestes demandes d'aliments. Peu de membres du ministère public, au surplus, qui n'aient sur ce point par devers eux-mêmes certains souvenirs.

Que conclure de ce coup d'œil sur le peu d'importance du mobile auquel obéissent chaque année des milliers de coupables, sinon que la perspective de perdre une somme égale ou supérieure à celle que promettent les récidives, pèsera de son poids dans la balance des projets funestes? Nier que de tels rapprochements entrent dans les têtes, et que la compensation de l'attrait de la tentation par la hauteur du péril produise l'équilibre à désirer, ce serait nier une base fondamentale des lois répressives.

Que les malfaiteurs calculent souvent mal, puisqu'ils grèvent plus leur avenir qu'ils n'améliorent leur état présent, je veux bien l'accorder; mais autre chose est de mettre en regard d'un dommage moral les plaisirs physiques, les avantages matériels, autre chose de comparer deux valeurs du même ordre.

Que si l'on argue de l'impossibilité pour une partie des libérés de fournir la caution nécessaire, je réponds que ce n'est pas de ceux-là qu'il s'agit; que le nombre de ceux pour qui l'impossibilité n'existera pas, fût-il minime, encore devrait-on s'apaiser sur eux. J'ajoute que parmi les condamnés il en est, la loi en fait foi, à qui il reste des débris de fortune; que plusieurs, par les gages d'amendement qu'ils donnent, sont susceptibles d'obtenir la pitié, la confiance et par suite la garantie d'un tiers, d'autant plus qu'à proportion de ce que l'amendement paraîtra complet, la garantie réclamée au nom de la société sera moindre, conséquence deux fois bienfaisante du repentir; qu'enfin, pour nombre d'entre eux, surtout de ceux-là chez qui les

Digitized by Google

ressources antérieures manquent, la masse seule qu'ils reçoivent à leur sortie de détention est à considérer.

Un emploi tout naturel du pécule aura pour effet d'écarter le premier écueil ouvert sous les pas du libéré, à savoir les obsessions de ces misérables qui, trafiquant de la faiblesse ou des penchants vicieux, s'apostent pour s'approprier cette masse, ou bien en exciter le possesseur à la répandre en orgies; et le montant des pécules dont il s'agit, veut-on le connaître? Malgré des circonstances qui l'abaissaient à l'époque du dernier compte présenté au président, il s'élevait, pour 656 réclusionnaires, à plus de 100 francs; pour 132 forçats au même taux, pour la moitié de ces derniers, à plus de 50 fr. MM. Beugnot et Boullet révélaient, le 13 avril 1844 (*Moniteur*, p. 1017), que 155 étaient partis avec plus de 400 fr.

Je ne pense pas qu'il y ait erreur d'admettre que parfois la bienfaisance jouera son rôle en signant au contrat. J'invoque en ce sens un travail récent plein d'âme et de talent dû à la plume d'un magistrat (voyez *Annales de la charité*, t. VII, p. 43), ainsi que la réalisation de l'œuvre du patronage en Belgique (voyez *Emancipation* du 3 février 1852). Il faudrait d'ailleurs que la Commission, nommée par la Chambre des pairs en 1844 pour examiner la proposition de MM. Beugnot et Boullet, se fût trompée, elle, bien davantage. Aux termes de l'art. 2 de la résolution des commissaires, un moyen éventuel d'arriver à un tempérament des rigueurs de la surveillance avec résidence fixe était admis, et il consistait dans le dépôt d'un cautionnement par autrui. La condition, sanctionnée d'amende, de garantie et représentation à toute réquisition du libéré, complétait l'article. Il y a loin, certes, entre une responsabilité qui, dans les circonstances sus-énoncées, varierait sans doute

Digitized by Google

le plus souvent de 3 ou 400 fr. à 50, et un engagement de la nature de celui imaginé par MM. les pairs, sous une sanction qui, de 3,000 fr. au maximum, de 500 au minimum, violait cette règle du cautionnement, qu'il n'excédera jamais la dette du débiteur.

Constaterai-je ici que si l'épouvante causée par la menace de la transportation doit rendre plus rares les infractions de ban, il importe aussi de ne pas compter outre mesure sur la force d'intimidation de ce moyen? Plus de gens qu'on ne croit confondent les notions de temps et d'espace, ou ce qui doit se faire à cinq cents lieues et ce qui se ferait dans cinquante ans. Nul doute que, pour une foule de prévenus, l'idée de la transportation soit moins effrayante que l'emprisonnement de cinq ans qu'édicte l'art. 45. Je lis, dans une étude intéressante signée du docteur Ménard, que l'on a vu en Angleterre des êtres dégradés par la misère s'informer du quantum de crime nécessaire pour être condamné à la déportation dans les colonies. Ainsi, la menace se transformerait en un stimulant [1].

Encore un mot. Je suppose deux hommes: l'un, condamné pour vol simple ou pour attentat aux mœurs, aura été mis en surveillance; l'autre, saisi en flagrant délit de faits semblables, se trouve sous le coup des mêmes châtiments : ce dernier, s'il donne caution, aux termes de l'art. 114 du Code

[1] Le rapport approuvé le 20 février, postérieur à la rédaction de cet article, en constatant l'acquiescement immédiat de 3,000 forçats à une commutation de leur peine en celle de la transportation en Guyane, ne dément pas cette prévision. Parmi d'autres faits qui la corroborent, se remarque celui-ci extrait du journal *la Patrie*, en date du 24 février : « Ceux qui se posent comme professeurs de corruption des détenus leur apprennent les roueries nécessaires pour devenir un *bon mariol*. On croira peut-être que l'idée d'être à Cayenne a fait impression à ces vauriens; il n'en est rien, cabanons et préau retentissent de chansons ! »

Digitized by Google

d'instruction, se soustrait à la détention préalable, et, en même temps qu'il s'épargne cette incarcération dont quelquefois la durée se prolonge, il expose la société au péril qui naît de l'impunité du coupable ; car à la faveur de la liberté qu'il a reconquise, il pourrait fuir, puis prescrire en cinq ans la poursuite. Avec le premier de ces deux hommes vous ne courez pas le même risque ; le délit qu'il a commis est puni, expié ; tout ce qu'il demande, lui, c'est de se soustraire à des liens moins étroits que ceux de la prison, mais non moins cruels. Son ambition, c'est que la suprême amertume de ses arrêts en plein air, de son incarcération à ciel ouvert, lui soit épargnée. Et la loi le repousse ! mais, cependant, de deux choses l'une : ou le cautionnement n'est qu'un leurre, ou bien il présente une garantie ; s'il suffit pour autoriser la mise en liberté provisoire, la remise de la surveillance doit être aussi son effet ; si la *liberté sous caution* (texte exprès de l'ancien art. 46) souffre des inconvénients pour le surveillé, elle en souffre pour l'inculpé, et de plus grands encore ; il faut rayer du Code d'instruction l'art. 114, ou bien rentrer dans l'esprit du Code pénal de 1810.

Et puis, encore, notez que dans le Code pénal tel qu'il est, subsiste un article qui consacre le recours à un cautionnement. En matière de vagabondage, si la fortune commence à sourire à l'auteur de ce délit, si un citoyen solvable intervient en faveur du coupable, que ce soit avant, pendant ou après sa condamnation, les portes de la maison d'arrêt s'ouvrent, les procédés de précaution disparaissent et la surveillance s'anéantit (art. 273 C. pr.). Or, si le vagabond et le repris de justice, celui-ci par ses antécédents, celui-là par ses habitudes, excitent tous deux l'appréhension, le dernier du moins a subi la répression et il a dû croire, en secouant ses fers, qu'il avait racheté ses fautes :

Digitized by Google

comment la justice ne s'adoucit-elle que pour le premier, pour celui qui, sans rien posséder, vit à ne rien faire? Son oisiveté n'est pas seulement une aptitude au vice, elle était un tort. Ce n'est donc pas lui qu'il faudrait traiter avec faveur, et la faculté du cautionnement, indirect ou direct peu importe, du moment qu'elle crée pour le vagabond un privilége, constitue une sorte d'anomalie. Je voudrais ne voir dans cette disposition, oubliée en 1832, qu'une pierre d'attente qui se coordonne avec un système fait pour s'adapter à la réforme pénitentiaire. Qu'il en devienne le couronnement ou la base! Il ne s'agit pas pour cela d'innover, mais de tirer du passé des moyens détruits, lorsque l'on pouvait les améliorer. Leur emploi, réclamé au nom de l'utile et du juste, mettra la loi mieux d'accord, et en plus d'un point, avec elle-même.

BOURDON,
Juge, à Lille.

Digitized by Google

DE L'ÉTAT DES TERRES EN ALGÉRIE.

L'article 11 de la loi du 17 juin 1851, sur la propriété en Algérie, reconnaît les droits des indigènes sur le sol, mais s'abstient de les définir et renvoie aux tribunaux la décision des difficultés qui pourront se présenter.

Nous allons essayer d'exposer, d'après les documents recueillis par l'administration française, l'état de choses maintenu par la loi nouvelle et que les tribunaux français sont appelés à faire respecter. Cet exposé, dont l'utilité pratique est incontestable, nous paraît donner lieu à des rapprochements historiques d'un grand intérêt.

Une grave question se présente d'abord :

On a soutenu que, dans les pays conquis par les Musulmans, le sol appartient tout entier à Dieu, et au sultan qui est le représentant et l'ombre de Dieu sur la terre [1]. Les individus n'ont sur le sol qu'un droit de jouissance précaire, moyennant une redevance qui tient lieu de fermage.

On aperçoit les conséquences de ce système. Successeur immédiat des Turcs, derniers souverains de l'Algérie, le gouvernement français se trouverait propriétaire de toutes les terres, et les anciens habitants du pays n'auraient aucun droit à lui opposer. Les auteurs de ce système ont reculé, il est vrai, devant cette conséquence rigoureuse. Ainsi, ils

[1] Voyez les recherches du docteur Worms sur la constitution de la propriété territoriale en Algérie (*Revue de législation et de jurisprudence*, 1844, t. I, p. 360). Ce système a été souvent reproduit, et, entre autres, par M. Baude (*l'Algérie*, t. II, p. 391), et par le général Duvivier (*Solution de a question de l'Algérie*, p. 328).

Digitized by Google

admettent que si le sol appartient à l'Etat, les constructions, les plantations, en un mot tout ce que le travail de l'homme donne de valeur à ce même sol, est la propriété du possesseur, et ne peut lui être enlevé que moyennant indemnité. Réduit à ces termes, le système n'a plus guère d'intérêt pratique, et cependant, même avec ces tempéraments, il n'est fondé ni en droit ni en fait [1].

En droit, il est inexact que la terre de conquête ne soit pas susceptible de propriété privée. Khalil, dont le livre a force de loi en Algérie, dit, il est vrai, que le territoire d'un pays conquis devient *wakf*, c'est-à-dire grevé de substitution au profit de la communauté musulmane, par l'effet même de la conquête [2]; mais il explique lui-même comment cette règle doit être entendue. Elle ne s'applique ni aux terres partagées entre les Musulmans vainqueurs, ni aux biens des vaincus qui ont embrassé l'islamisme ou qui ont capitulé, ni même aux terres acquises après la conquête par les vaincus soumis à force ouverte [3].

Khalil traite, dans son livre, des successions, des donations, des substitutions, du louage, de la vente, de l'occupation, de la prescription, des servitudes. Tout cela ne suppose-t-il pas nécessairement l'existence de la propriété?

[1] La réfutation complète de ce système se trouve dans un rapport préparé par un savant orientaliste, M. Ducaurroy, et présenté par M. Macarel à la Commission de l'Algérie (février 1843). — Voyez aussi les procès-verbaux de la Commission qui a préparé le projet de loi (22e séance, 27 février 1850).

[2] Khalil, *jurisprudence musulmane*, trad. Perron, t. II, p. 269.

[3] Khalil, t. II, p. 293; t. IV, p. 630. — Dans tous les pays musulmans, la nature de la terre se reconnaît à l'impôt : la terre de dîme (uchrié), payant l'impôt appelé *achour*, est la pleine propriété du musulman; les rajas, ou vaincus restés infidèles, payent pour leurs terres le tribut (kharadj), et pour leurs personnes la capitation (djizié). Voyez le rapport précité de M. Macarel. En Algérie, toutes les terres payent l'*achour*.

Digitized by Google

Quand le Koran dit que Dieu est le maître de toute la terre et que le sultan est son vicaire, il exprime une vérité religieuse et non une règle de droit. On pourrait trouver dans toutes les législations des expressions semblables, qui pourtant n'ont jamais été prises au pied de la lettre. « La terre ne se vendra point à perpétuité, dit le Seigneur aux Hébreux dans la loi de Moïse[1], parce qu'elle est à moi, et que vous y êtes comme des étrangers à qui je la loue. » Et cependant la loi de Moïse reconnaît incontestablement la propriété individuelle. Les jurisconsultes romains se servaient des mêmes termes pour désigner le domaine de souveraineté qui, sur le sol des provinces conquises, appartenait au peuple romain représenté par l'empereur[2].

En fait, la propriété individuelle se rencontre partout en Algérie : « Je connais moins l'état de la propriété dans la province de Constantine que dans les autres parties du pays, écrivait le maréchal Bugeaud en 1844[3], mais ce que je puis affirmer, c'est que dans les provinces d'Alger, de Tittery, d'Oran, la propriété est constituée à peu près comme en France. J'en ai vu de nombreuses divisions. Les Arabes m'ont dit mille fois : Ceci appartient à un tel ; je suis fermier d'un tel. Le fermage suppose des propriétaires. Il y a sans doute en Algérie, comme chez nous, des biens communaux dans les terrains de parcours, mais les surfaces riches sont exactement partagées entre des propriétaires. » Aucun

[1] *Lévitique*, chap. XXV, vers. 23.

[2] Gaïus : *Instit.*, lib. II, § 7 : « Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi romani est vel Cæsaris ; nos autem possessionem tantùm et usumfructum habere videmur. »

[3] Rapport de M. le maréchal Bugeaud sur les moyens d'affermir et d'utiliser la conquête de l'Algérie (1844).

Digitized by Google

doute ne saurait donc s'élever aujourd'hui sur l'existence de la propriété individuelle en Algérie [1], et la loi nouvelle la reconnaît expressément.

Voyons maintenant comment elle se comporte, et quels sont les droits de toute nature qui appartiennent sur le sol de l'Algérie aux particuliers, aux tribus, aux fractions de tribu.

Pour se faire une idée exacte de l'état actuel des terres en Algérie, il est nécessaire de considérer la situation politique et administrative du pays.

Il faut distinguer d'abord entre les villes et leurs banlieues d'un côté, et de l'autre la vaste étendue de territoire occupée par les tribus.

Dans les villes et leurs banlieues, la propriété immobilière est individuelle comme en France [2]. Elle a pour objet des maisons, des jardins, des vergers et même des fermes (*haouchs*). Les limites des héritages sont connues et les droits sont en général constatés par titres.

Mais les villes et leurs banlieues ne sont rien en comparaison du territoire occupé par les tribus. Ce territoire se divise en deux parties : le Tell ou région des céréales, qui comprend 137,000 kilomètres carrés, et le Sahara ou région des parcours et des palmiers, qui comprend 253,000 kilomètres carrés [3].

Cette vaste surface est peuplée par 1,145 tribus, dont

[1] L'ancien gouvernement turc et Abd-el-Kader lui-même ont souvent pris des terrains pour cause d'utilité publique, et, par exemple, pour y établir des postes militaires, mais toujours en payant des indemnités aux Arabes dépossédés.

[2] Voyez le rapport de M. Daru au nom du Comité de l'Algérie, p. 7.

[3] Rapport adressé à M. le Président de la République par le ministre de la guerre sur le gouvernement et l'administration des tribus arabes de l'Algérie. Paris, 1851, in-8°.

Digitized by Google

897 sont gouvernées directement par la France; 160 sont gouvernées par délégation, 88 sont encore insoumises.

La tribu a été parfaitement définie par M. le général Lamoricière [1] : « C'est plus qu'une commune, moins qu'une nation. » En d'autres termes, ce n'est pas simplement un corps administratif, c'est encore une unité politique. Considérée dans ses rapports avec le gouvernement français, la tribu est une personne civile qui possède son territoire à divers titres, et ce territoire est ensuite réparti à divers titres entre les individus qui composent la tribu.

Dans les montagnes, chez les Kabyles, restes des anciens habitants du pays, le droit de la tribu sur son territoire, comme celui de l'individu sur le champ qu'il cultive, ne saurait être contesté. Comme on le sait, la Kabylie est un pays de villages bâtis et de petite culture. Là encore la propriété se comporte à peu près comme en France. Il en est de même dans les oasis du Sahara.

Mais il en est autrement chez les tribus arabes de la plaine [2]. Celles-ci vivent en commun sous la tente, soumises à un régime aristocratique. Un cercle de tentes forme un douar; plusieurs douars réunis forment une *ferka* ou fraction de tribu, commandée par un cheikh; plusieurs ferka forment la tribu, gouvernée par un kaïd.

Ces tribus ou fractions de tribu détiennent le sol à divers titres : il est même difficile de ramener à quelques types des modes de tenure si multipliés et si divers. On peut toutefois en distinguer trois :

[1] Procès-verbaux des séances de la Commission de législation de l'Algérie (1re séance, 19 décembre 1848).

[2] Exposé de l'état actuel de la Société arabe, de son gouvernement et de la législation qui la régit. Alger, 1844, Instruction publiée par l'ordre du maréchal Bugeaud, à l'usage des bureaux arabes.

Digitized by Google

Ou bien la tribu est propriétaire, en vertu d'un titre de concession ou d'acquisition. Telles sont, par exemple, les tribus qui avoisinent Bone; et dans la province d'Oran, celles des Medjeher et des Christels. Cette dernière tribu, formée de la réunion de gens venus de différentes villes, et qui occupe un territoire de six lieues carrées, a justifié, par titre, qu'elle avait acheté ce territoire du bey Mohammed-el-Kebir, moyennant 1,000 dinars d'or [1].

Ou bien la tribu n'a qu'un simple droit de jouissance, soit que telle ait été la condition de la concession originaire, soit que le gouvernement turc ait autrefois confisqué la nue propriété ou plutôt le domaine direct, laissant par grâce à la tribu rebelle et châtiée la jouissance de son territoire. Ces territoires s'appellent *sabega* dans la province d'Oran, *arch* dans celle de Constantine. Il est difficile de déterminer rigoureusement les caractères qui distinguent ce droit de jouissance du droit de propriété; les deux droits se confondent dans leur exercice, mais, à la différence du droit de propriété, le droit de jouissance est personnel et inaliénable [2].

Il est à remarquer toutefois que, dans la province de Constantine, la terre *arch* est grevée d'un impôt appelé *hokor* (fermage). Cet impôt, qui est distinct de l'*achour* et qui tient lieu du *zekkat* (impôt sur les bestiaux) établi dans les autres provinces, est fixé à 25 fr. par *zouidja* ou *djebda* (étendue de terrain qu'une paire de bœufs peut labourer en une saison, de 7 à 10 hectares [3]).

[1] Projet de colonisation du général Lamoricière, Paris, 1847, p. 47. — Rapport de M. Daru, p. 8.— Déclarations du colonel de Martimprey (procès-verbaux de la Commission de législation de l'Algérie, 26e séance, 8 mars 1850).

[2] Déclaration de Si Chadli, Kadi de Constantine (Procès-verbaux de la Commission, 22e séance, 25 février 1850).

[3] V. le projet de colonisation du général Bedeau, Paris, p. 200, et 1

Digitized by Google

Les tribus qui n'ont qu'un droit de jouissance sont de deux sortes : les unes doivent un service militaire, prix de la concession qui leur a été faite par les anciens beys; elles portent le nom de tribus *makhzen*, et ont en général des titres réguliers remontant à deux ou trois siècles : telles sont les Douairs, les Smélas, les Gharaba, les Borghia, dans la province d'Oran, les Hadjoutes dans celle d'Alger. Les autres sont des tribus *rajas* ou sujettes, autrefois propriétaires du sol, mais réduites à la simple jouissance par la conquête ou la confiscation. On peut, dans une certaine mesure, comparer la tenure de la tribu makhzen au fief, celle de la tribu raja à la censive [1].

Ou bien, enfin, la tribu est simple fermière de biens du beylik (*azel*), dont elle paye la rente. Cette tenure est surtout fréquente dans les environs de Constantine.

Il arrive souvent que la tribu détient son territoire sans titre, en vertu d'une possession immémoriale. La nature du droit est alors difficile à déterminer ; il faut consulter la tradition et les circonstances [2].

Dans l'intérieur de chaque tribu les terres sont partagées,

rapport précité sur le gouvernement et l'administration des tribus arabes. En 1850, le *hokor* a rendu 815,000 fr. Bien que *hokor* signifie *fermage*, il ne faut pas en conclure que le détenteur de la terre *arch* est un simple fermier. On a souvent employé les mêmes mots pour désigner l'impôt et le fermage. Il suffit de rappeler la *locatio censoria* usitée chez les Romains pour les terres des provinces conquises, et le *cens* que payaient au moyen âge les héritages roturiers.

[1] Déclarations du général Daumas et du colonel de Martimprey (Procès-verbaux de la Commission de législation de l'Algérie, 25e et 26e séances, 6 et 8 mars 1850).

[2] L'absence de titre écrit n'affecte en rien la nature du droit. Ainsi, les Tonga et les Ouled-Sammar, dans les environs de la Calle, sont propriétaires *melk*, bien qu'ils n'aient d'autre titre qu'une possession immémoriale (V. le tableau des établissements français en Algérie, t. IX).

Digitized by Google

et la propriété individuelle se rencontre partout, mais avec des caractères différents, suivant les localités.

En général, le territoire de la tribu se divise en un certain nombre de parts (*mechetas*), originairement attribuées aux chefs de famille ; mais, dans chaque mecheta, la propriété reste indivise entre tous les ayants droit. Cette indivision se rencontre presque partout en Algérie. Comme les procédés de culture sont très-arriérés et toujours uniformes, tous les copropriétaires cultivent en commun, ou afferment et partagent les fruits dans la proportion de leurs droits.

Il paraît cependant que chez un certain nombre de tribus, et notamment dans la province de Constantine, les terres sont annuellement réparties par le cheikh entre les membres de la tribu [1]. Cette propriété alternative se rencontre fréquemment chez les peuples qui sont pasteurs en même temps qu'agriculteurs, et dont les procédés de culture sont encore barbares. César et Tacite la trouvaient chez les Germains il y a dix-huit siècles [2], et, pour le dire en passant, ce n'est pas le seul point de ressemblance que l'on pourrait signaler entre les Germains d'alors et les Arabes d'aujourd'hui.

[1] *Exposé de l'état de la société arabe*, p. 9. — V. les déclarations de Si-Chadli, du colonel de Tourville et du colonel de Martimprey (Procès-verbaux de la Commission de législation de l'Algérie, 22e, 23e et 26e séances ; 27 février, 1er et 8 mars 1850).

[2] Cæsar, *De bello gallico*, IV, 1 : « Sed privati ac separati agri apud eos nihil est, neque longiùs anno remanere uno in loco incolendi causâ licet. VI, 22 : Neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios : sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui unà coierint, quantùm, et quo loco visum est, agri attribuunt atque anno post alio loco transire cogunt. » — Tacit., *Germania*, 26 : « Agri pro numero cultorum ab universis per vices occupantur, quos mox inter se secundùm dignationem partiuntur ; facilitatem partiendi camporum spatia præstant. Arva per annos mutant, et superest ager. »

Digitized by Google

On trouve encore enclavés dans le territoire des tribus des domaines appartenant au beylik, et d'autres appartenant à des congrégations religieuses (*zaouya*). Ces terres sont, en général, affermées. Celles du beylik sont quelquefois concédées à des gendarmes arabes (*zmoul*), ou occupées, à titre de bénéfices militaires, par des Turcs (*okla*)[1].

Les individus non propriétaires cultivent les terres d'autrui comme fermiers ou comme métayers (*khammemsa*). Le métayer a droit au cinquième de la récolte, semences prélevées. Les terres communales leur offrent d'ailleurs une ressource.

Les droits de propriété individuelle sont, en général, constatés par écrit. Nos soldats ont souvent trouvé dans les razzias des titres renfermés dans des rouleaux de bois grossièrement taillés[2]; mais, à défaut de titres, la notoriété suffit pour établir les limites de chaque propriété et le droit du propriétaire. On sait d'ailleurs qu'en droit musulman, la propriété s'acquiert par une possession continuée pendant dix ans entre étrangers, pendant quarante ans entre parents.

Tel est aujourd'hui l'état des terres dans le Tell. « Dans le Sahara, où, sauf quelques oasis, le sol est en général impropre à la culture, les terres, presque sans valeur, ne sont plus partagées. La fortune tout entière de la tribu consiste en grands troupeaux de moutons et de chameaux, qui sont conduits de ruisseau en ruisseau. Les limites des tribus ne sont plus nettement marquées, mais la possession

[1] Déclaration de M. de Fénelon (Procès-verbaux, etc., vingt-deuxième séance, 27 février 1850).

[2] Déclarations de Si Chadli, du général Daumas, de MM. de Fénelon et Martimprey (Procès-verbaux de la Commission, vingt-unième, vingt-troisième et vingt-sixième séances, 25 et 27 février, 1er et 8 mars 1850).

Digitized by Google

des cours d'eau et des sources y est bien déterminée, et les tribus connaissent parfaitement leurs droits à cet égard [1]. » Il est remarquable qu'un assez grand nombre de tribus ont à la fois un territoire de culture dans le Tell, et un de parcours dans le Sahara.

Tel est aujourd'hui l'état des terres en Algérie, et ici les faits sont d'accord avec la théorie. Les légistes musulmans distinguent quatre sortes de biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent : biens du domaine de l'Etat (*blad el beylick*), biens des corporations religieuses (*blad el habous*), biens patrimoniaux (*blad el melk*), biens de la communauté (*blad el djemâa*).

Tous les droits que nous venons de faire connaître ont été consacrés par le gouvernement français. Chaque tribu, en faisant sa soumission, a obtenu en échange le maintien de ses propriétés. La loi du 17 juin 1851 ne pouvait qu'ajouter sa sanction aux traités antérieurement consentis ; toutefois, le projet du gouvernement avait essayé de définir les droits maintenus, et de marquer à quels caractères on devait les reconnaître. Dans ce système, la propriété ne pouvait être prouvée que par titre. La possession sans titre devait être nécessairement considérée comme un droit de jouissance, c'est-à-dire comme un usufruit sur une terre dont la nue propriété appartenait à l'Etat. En réduisant ainsi la plupart des tribus à un simple droit de jouissance, le gouvernement se donnait le droit de les cantonner, et, par suite, de se procurer sans frais les terrains nécessaires à la colonisation.

Mais ce système équivalait à une confiscation, car la

[1] *Exposé de l'état actuel de la société arabe*, p. 20. Voyez la déclaration du colonel Durrieu, directeur des affaires arabes à Alger (Procès-verbaux de la Commission, trente-troisième séance, 25 mars 1850).

Digitized by Google

preuve écrite n'est pas une condition de la propriété en droit musulman, pas plus qu'en droit français. Il y avait d'ailleurs un grave inconvénient à définir des droits que l'on ne connaît pas encore assez, et qui sont trop divers suivant les localités pour se plier à une règle générale. Un système plus simple et plus sage fut proposé lors de la discussion au Conseil d'Etat, et finit par prévaloir; il maintient tous les droits existants, quels qu'ils soient, et laisse aux tribunaux le soin de juger les contestations qui pourront s'élever un jour sur la nature et l'étendue de ces droits.

« Tous les droits de propriété ou de jouissance, dit l'article 11 de la loi nouvelle, sont reconnus tels qu'ils existaient avant la conquête, ou tels qu'ils ont été maintenus, réglés et constitués par le gouvernement français. »

Ces expressions pourraient, au premier abord, faire penser que le législateur a entendu se référer aux arrêtés et règlements antérieurs émanés de l'autorité française : il n'en est rien; ces arrêtés et règlements sont, au contraire, implicitement abrogés par l'art. 11. Le législateur a seulement entendu consacrer les faits existants, soit qu'ils remontent à l'ordre de choses qui a précédé la conquête française, soit qu'ils aient été créés depuis.

Il est facile d'expliquer les termes dont se sert la loi. Ainsi, les droits de propriété ou de jouissance appartenant soit à des particuliers, soit à des tribus ou fractions de tribus, ont été *maintenus* par les traités de soumission, *réglés* par les décisions et les actes de l'administration française, *constitués* par voie de cantonnement, d'échange, de translation, etc.

RODOLPHE DARESTE,
Docteur en droit, avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation.

Digitized by Google

PROGRAMME

DE

RÉFORME DE NOTRE SYSTÈME PÉNAL.

Il ne faut pas se lasser de répéter cette assertion vraie jusqu'à la banalité, que de toutes les parties de notre législation, ce sont nos lois pénales qui sont les plus arriérées, soit qu'on les compare à nos autres Codes, soit qu'on les mette à côté de la législation criminelle des autres pays de l'Europe. En effet, tandis que nos lois civiles se rapprochent si bien de la raison pure et de l'équité naturelle, que la plupart des nations les plus civilisées se sont empressées de les adopter, ou de les prendre pour modèles, il en est tout autrement de leurs Codes des peines, qui présentent sur le nôtre de grands et nombreux progrès, et se trouvent dans une harmonie plus intime avec les principes de la philosophie du droit.

Nos lois du 25 juin 1824 et du 28 avril 1832, tout en renfermant des améliorations, n'ont été que des essais de révision hâtive, ne répondant nullement à l'attente de ceux qui désiraient une amélioration sérieuse de notre système pénal. L'espèce d'omnipotence mise entre les mains du jury par la faculté de déclarer des circonstances atténuantes, est jugée aujourd'hui. C'est un de ces remèdes empiriques qui, en faisant disparaître le mal, le répercutent pour le faire surgir à une autre place et sous une autre forme. La séparation entre le jugement sur le point de fait et le point de droit, base de la procédure par jurés, a été effacée, et une regrettable incertitude dans les jugements criminels en a été la conséquence. Adopté à une époque où l'on voulait une proportion plus juste entre les délits et les peines,

Digitized by Google

sans refondre toute la législation, le système des circonstances atténuantes a été préconisé outre mesure, comme il a été, depuis, l'objet d'attaques très-sévères. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce système, qui est aujourd'hui un point capital de notre droit pénal, et nous essayerons alors de proposer quelques mesures qui, tout en conservant ce qu'il peut avoir de pratique, en pourraient corriger les résultats malfaisants.

Ainsi, depuis quarante ans que notre Code pénal est en vigueur, la science du droit criminel a marché, la philosophie l'a éclairé de ses rayons, l'adoucissement des mœurs s'est mis en désaccord avec plusieurs genres de peine ; enfin la doctrine a changé ou bien s'est modifiée sur des points importants, tels que la complicité, la tentative, la récidive ; mais notre système pénal est resté à peu près stationnaire. Les réformes de 1824 et de 1832 se sont généralement contentées d'adoucir les peines édictées.

Cependant la révision de nos lois pénales est un problème urgent. Après les questions économiques, qui sont aujourd'hui les premières, les questions de progrès moral devront être nécessairement abordées, discutées, résolues.

La refonte de notre Code pénal pourrait être entreprise ou envisagée de deux points de vue différents, et donner lieu à deux réformes distinctes.

L'une, que nous appellerons la réforme *intérieure*, aura à refondre la criminalité, l'appréciation des actions punissables, leur division et leur classification, les règles sur l'imputation morale de l'agent, sur la tentative, la complicité et la récidive ; le champ même de l'incrimination devra être modifié dans ses limites. Des problèmes immenses devront être abordés et résolus pour arrêter les principes dirigeants de la nouvelle législation. Les réformateurs auront à se poser, entre autres, les questions suivantes :

La classification des actes punissables selon notre Code, ne repose-t-elle pas sur l'arbitraire et sur une pétition de principe ? Si le genre de la peine donne à chaque action sa qualité de crime, de délit ou de contravention, sur quel principe repose cette distinc-

Digitized by Google

tion des peines, en afflictives ou infamantes, en correctionnelles et en peinesde police? Pourquoi telle action est-elle punie d'une peine de police, et telle autre d'une peine infamante? Qu'est-ce qui décide du plus ou moins de criminalité du fait? Ne vaudrait-il pas mieux se rattacher à un principe?

La gravité subjective de l'action punissable, le degré de perversité morale de l'agent, nous semblent devoir entrer plus largement en considération dans l'incrimination des faits, qu'il n'en a été jusqu'à ce jour, où l'on a trop pesé la gravité objective, le tort matériel produit par l'action.

La règle qui punit la tentative comme le fait consommé, ne pèche-t-elle point par un défaut contraire? Quoique la volonté criminelle ait été la même dans les deux cas, un sentiment secret ne se refuse-t-il pas à punir de la même peine l'assassinat, et la tentative qui n'a fait de mal ni de tort à personne?

Là où il n'y a pas de mal ni de dommage causé, la criminalité objective fait défaut; pourquoi le législateur voudrait-il entièrement perdre de vue l'absence de cet élément?

La récidive, comme motif d'aggraver la peine, ne devrait-elle pas se borner au cas où le même penchant criminel se répète, et n'y aurait-il pas lieu à faire des groupes d'actions punissables, puisant leur source dans les mêmes penchants?

Les dispositions de notre Code sur la complicité ne sont-elles pas trop absolues? le complice ne devra-t-il pas être puni selon le degré de concours qu'il a donné au crime principal? L'auteur moral, le provocateur ne mérite-t-il pas quelquefois une peine plus grave que celui qui consomme aveuglément le fait? Est-il juste que les complices subissent l'aggravation de peine qui tient à la qualité spéciale de l'auteur principal?

Quant aux causes multiples qui influent sur l'imputation morale de l'agent, sur sa volonté d'agir: l'absence de raison, les divers degrés de maladies mentales, l'ivresse, la peur, la colère, l'erreur, l'ignorance; comment nos lois les passent-elles sous silence, l'article 64 du Code pénal ne mentionnant que la démence et la violence?

Digitized by Google

L'autre réforme, que nous appellerons la réforme *extérieure*, aura pour objet la révision de l'échelle pénale, l'examen des peines en elles-mêmes, et de leur mode d'exécution. Cette réforme, la plus urgente et la plus aisée, puisqu'elle pourrait se faire sans changer l'organisation du Code pénal, touche, on le voit, à la question pénitentiaire, ou est plutôt la question pénitentiaire elle-même. En 1849, un ministre éclairé et ami du progrès avait senti la nécessité de cette réforme de notre système pénal et son intime lien avec la question pénitentiaire qui, jusque-là dans les attributions du ministère de l'intérieur, n'avait pas encore été traitée du point de vue de la réforme générale de la législation pénale.

M. Odilon Barrot, dans ce but, créa, en mai 1849, une Commission qui, sous sa présidence, devait étudier la question sous cette nouvelle face, et réunir les éléments pour arriver à une réforme du système pénal en général. L'excellent rapport fait au Président de la République, et inséré au *Moniteur* du 4 mai 1849, exprime des vues de progrès et des améliorations pratiques dignes de son auteur ; malheureusement les circonstances n'ont pas permis à cette Commission d'aborder son œuvre principale. Obligée d'élaborer un projet de loi sur la déportation, comme moyen de remplacer la peine capitale en matière politique, et appelée à étudier la question s'il ne serait pas opportun d'introduire la transportation temporaire dans notre échelle pénale, la Commission s'est vue arrêtée dans ses travaux par le changement de ministère du 31 octobre.

Si cette Commission se reconstituait, voilà quel devrait être, selon nous, le programme à lui soumettre.

Dans la position des questions, nous avons été guidés par deux considérations.

La première est que l'époque actuelle ne nous paraît pas destinée à entreprendre une refonte radicale de notre législation pénale.

Il est donc indispensable de coordonner les réformes de manière à ce qu'elles puissent prendre place dans notre système

Digitized by Google

de répression sans renverser ou ébranler les principes généraux, ni l'organisation actuelle du Code pénal.

La deuxième considération est que, dans notre pensée, il conviendrait de prendre pour point de départ les résultats qui nous semblent acquis par la science pénitentiaire. La question tant débattue entre le système de Pensylvanie et celui d'Auburn nous paraît vidée, depuis que l'Etat de New-York, la patrie du système Auburnien, a adopté lui-même la séquestration de jour et de nuit des prisonniers; depuis que le Congrès pénitentiaire tenu à Francfort, en 1846, s'est prononcé à une immense majorité pour la séparation absolue des condamnés entre eux; mais surtout depuis que le système Pensylvanien est devenu un système européen, approprié aux mœurs et aux besoins de nos races, et qu'il ne s'agit plus d'une séquestration absolue de tout être humain, mais uniquement d'empêcher le contact des prisonniers entre eux.

Les craintes nourries, pendant de longues années, que l'application du système cellulaire continu aux détentions de long terme ne soit pernicieuse à la santé et à la condition intellectuelle des prisonniers, peuvent-elles persister devant les résultats statistiques puisés dans les deux hémisphères? D'ailleurs, la qualité de la peine en diminuera nécessairement la quantité; en d'autres termes, le système cellulaire de jour et de nuit étant établi, la durée de la peine pourra et devra même être abaissée, ce qui aura encore cet autre avantage de diminuer notablement les frais de justice criminelle.

Enfin, on a fait cette observation basée à la fois sur l'expérience des faits et sur la connaissance profonde du cœur humain, que l'épreuve la plus pénible, celle qui fait la plus grande impression sur les détenus et qui a occasionné le plus de cas de maladies mentales, se fait durant la première période de l'isolement, quand le coupable se trouve seul, pour la première fois, avec son crime, en face de son repentir ou de son désespoir. Or, cette considération touche les détentions les plus courtes comme les plus longues.

Digitized by Google

Cependant, tout en adoptant, en principe, la séparation continue et absolue des prisonniers, il y aurait à examiner si cette séparation continue doit être appliquée indistinctement à l'homme comme à la femme, à l'adulte comme à l'enfant, au condamné comme au prévenu, aux délits politiques comme aux crimes ordinaires.

Un autre point essentiel à examiner, ce serait de rechercher comment cette privation de la liberté pourrait recevoir assez de gradations pour ne pas tomber dans une fâcheuse uniformité, qui ferait disparaître les degrés de l'échelle pénale établie par le Code, bouleverserait tout son organisme, et aurait en outre le danger d'affaiblir les moyens de répression, en effaçant dans le sentiment populaire l'appréciation morale des méfaits.

Voici une première série de questions à soumettre à la Commission :

QUESTIONS.

I. Les bagnes doivent-ils être supprimés[1] ?

II. L'emprisonnement à perpétuité ne doit-il pas être effacé de nos lois, comme étant en opposition avec la pensée fondamentale du système pénitentiaire ?

III. La mort civile doit-elle être maintenue ? Cette immorale fiction, qui enlève pour toujours à un être humain sa qualité d'homme et qui brise le lien sacré du mariage ; cette peine d'un autre siècle, n'a été admise en 1810 que malgré les pressantes réclamations du Tribunat, car elle avait déjà été supprimée par la première Assemblée constituante. Vivement attaquée dans nos Assemblées législatives lors de la révision du Code pénal, en 1832, la mort civile n'échappa à la suppression que parce que le gouvernement avait promis une loi spéciale, loi qui n'a jamais été présentée.

Du reste, si l'on venait à supprimer toute peine perpétuelle, cette question perdrait beaucoup de sa gravité.

[1] Un rapport du ministre de la marine au Président de la République, en date du 20 février 1852, vient de résoudre affirmativement cette question. Le rapport fait à la Chambre des pairs en 1847, par M. Bérenger (de la Drôme), sur la réforme pénitentiaire proposée par la loi du 25 janvier 1847, avait également conclu à la suppression des bagnes.

Digitized by Google

IV. La question de la déportation, que le gouvernement vient de résoudre de fait, en décidant l'envoi de la moitié de la population de nos trois bagnes à la Guyane, soulève l'importante question de l'utilité des colonies pénales; non pas de celles que l'Angleterre est sur le point de modifier profondément, mais d'établissements pénitentiaires en accord avec nos lois, notre caractère national et l'état de nos possessions d'outre-mer.

Tout en réservant ces colonies pénales, comme peine principale, pour les individus condamnés à la déportation, tant en matière politique qu'ordinaire, n'y aurait-il pas moyen de joindre un séjour forcé dans ces colonies, comme peine accessoire à l'emprisonnement cellulaire? Ce moyen n'aurait-il pas un double avantage? Celui de permettre une plus grande variété de combinaisons de la peine de la prison, et une plus grande facilité d'établir quatre classes de détention, qui correspondraient aux travaux forcés à perpétuité et à temps, à la réclusion et à l'emprisonnement, établis par le Code pénal? Ce moyen ne présenterait-il pas un autre avantage, celui de placer entre la détention et la mise en liberté un régime intermédiaire qui serait une épreuve pour le condamné, en même temps qu'une garantie efficace pour la société?

V. La peine de l'exposition publique, ordonnée par l'article 22 du Code pénal, réduite à des proportions moindres par la loi modificative de 1832, et abolie par un décret du Gouvernement provisoire de la République, doit-elle rester écartée à tout jamais de notre législation?

VI. La peine du bannissement doit-elle être maintenue? Son application est-elle compatible avec les rapports internationaux modernes?

VII. L'amende ou peine pécuniaire, telle qu'elle est organisée aujourd'hui, répond-elle aux besoins actuels, et son rôle ne pourrait-il pas être agrandi dans notre système de répression[1]?

Voici maintenant une seconde série de questions.

QUESTIONS.

VIII. Le régime cellulaire continu admis en principe, convient-il également aux deux sexes?

IX. Doit-on étendre son application aux enfants comme aux adultes? Convient-il mieux d'envoyer les enfants, au-dessous de seize ans, dans

[1] Ce point important a été soumis par nous à une sérieuse investigation; nous en ferons ultérieurement l'objet d'un travail spécial.

Digitized by Google

des colonies pénitentiaires agricoles? Cette mesure devrait-elle être appliquée à tous les enfants au-dessous de seize ans indistinctement, ou seulement à ceux qui ont été déclarés avoir agi sans discernement?

X. Le régime cellulaire et le travail doivent-ils être obligatoires ou facultatifs pour les prévenus?

XI. Le régime cellulaire et le travail doivent-ils être obligatoires ou facultatifs pour les détenus politiques?

XII. Quelles sont les gradations de cette peine et les combinaisons praticables avec l'envoi dans les colonies pénales, pour remplacer les quatre degrés établis par le Code, savoir : les travaux forcés à perpétuité, les travaux forcés à temps, la réclusion et l'emprisonnement?

XIII. Quels seraient les moyens les plus propres à faire intervenir l'action de la justice dans la surveillance des condamnés et dans le système de répression, à partir de la condamnation?

XIV. Quelle sera la condition du travail[1] et de son produit pour les divers degrés d'emprisonnement?

XV. N'est-il pas urgent de soumettre à un nouvel et sérieux examen la faculté attribuée au jury de déclarer l'existence de circonstances atténuantes[2]? Pour ne pas parler de la confusion du fait et du droit, puisqu'on a reconnu, en 1832, que cet inconvénient était inévitable, si l'on voulait arriver à une atténuation générale de la pénalité, sans reviser à

[1] Le travail suspendu dans les prisons, comme étant nuisible au travail libre, fut rétabli par la loi du 9 janvier 1849, qui voulut néanmoins que les produits de ce travail devaient être consommés par l'Etat, ce qui avait empêché d'occuper toute la population des prisons. Un décret présidentiel du 25 février 1852 vient d'autoriser l'administration à réorganiser le travail des prisons :

« Art. 3. Les produits du travail des détenus seront, autant que possible, appliqués à la consommation des administrations publiques.

« Les condamnés ne seront pas employés directement par l'administration à des travaux destinés, soit au service des prisons, soit à des services publics; ils pourront être employés à des travaux d'industrie privée, sous les conditions déterminées par des règlements admis, qui seront faits par le ministre de l'intérieur.

« Art. 4. Le ministre de l'intérieur pourra, à titre d'essai, employer un certain nombre de condamnés à des travaux extérieurs. »

Ces détails administratifs viennent d'être fixés par le règlement du 1er mars, et par une circulaire du ministre de l'intérieur du 3 mars 1852.

[2] Voyez Faustin Hélie (*Revue*, 1843, t. I, p. 99).

Digitized by Google

fond tout le Code, il y a deux inconvénients pratiques qu'il suffit de signaler.

Le premier est que la loi a voulu comprendre tous les faits quelconques qui peuvent excuser ou atténuer le délit, dans une seule et unique formule. Ne serait-ce pas un grand pas de fait, si l'on obligeait le jury à motiver sa déclaration de circonstances atténuantes?

Le second et le plus grand vice introduit en 1832, c'est l'effet excessif attribué à la déclaration des circonstances atténuantes par le jury. Ne serait-il pas convenable de supprimer la faculté donnée aux juges de la Cour d'assises de descendre de deux degrés dans l'échelle des peines, et de limiter cette faculté d'atténuation à un degré seulement? de ne plus permettre désormais et autant que l'on conserverait la classification actuelle des faits incriminés, qu'un acte, déclaré *crime* par la loi, puisse devenir *délit* par une simple déclaration du jury? Ne suffirait-il pas d'autoriser la Cour d'assises, en cas de déclaration de circonstances atténuantes, à descendre au-dessous du minimum établi, sans cependant pouvoir jamais changer la nature même de la peine?

Nous ne prétendons pas que ce cadre contienne tous les problèmes de notre système répressif, mais il nous semble qu'il embrasse les points principaux sur lesquels le législateur français devrait, dès aujourd'hui, fixer ses méditations. Telles sont aussi les questions sur lesquelles nous voulons appeler les lumières et l'expérience de nos nombreux lecteurs. Ce que nous désirons avant tout, c'est de préparer notre pays à un nouveau système de répression, à la fois en harmonie avec les progrès de la science et le caractère national, qui puisse en même temps se coordonner facilement avec l'organisation générale de nos Codes criminels actuels.

KOENIGSWARTER.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LA JURISPRUDENCE CRIMINELLE.

IV.

Escalade. — Questions de droit [1].

Trois questions, relatives aux circonstances d'une tentative de vol, avaient été posées au jury de l'Orne. On lui demandait : 1° la tentative a-t-elle été commise la nuit ? 2° a-t-elle été commise dans un lieu dépendant d'une maison habitée ? 3° a-t-elle été commise à l'aide d'escalade ? Le jury ayant résolu affirmativement la première et la troisième question, et négativement la seconde, la Cour d'assises appliqua à l'accusé la peine des travaux forcés à temps. Sur le pourvoi du condamné, la Cour suprême cassa l'arrêt : « Attendu que d'après la déclaration du jury, « le vol, dont le demandeur était déclaré convaincu, se bornait à « un vol commis avec les seules circonstances de la *nuit* et de *l'es-* « *calade*, mais non avec la circonstance de *maison habitée*, et que « d'après les articles 384 et 381, n° 4, cette espèce de vol ne pou- « vait être passible des travaux forcés qu'autant que la circon- « stance d'une *maison* aurait été jointe aux deux autres de « l'escalade et de la nuit, ce qui ne se rencontrait pas dans l'es- « pèce. » (18 novembre 1830. D. P., 31, 1, 18.)

Voici quelle est la signification de cet arrêt, dont la rédaction est obscure et embarrassée, inexacte même, car la circonstance de *nuit* est absolument sans intérêt dans la question.

[1] Voyez plus haut, p. 95.

Digitized by Google

L'article 397 du Code pénal définit l'escalade : « Toute entrée « dans les *maisons*, bâtiments, cours, basses-cours, édifices « quelconques, jardins, parcs et enclos, exécutée par-dessus les « murs, portes, toitures ou autres clôtures. » Pour qu'il y ait escalade, il faut donc que le voleur se soit introduit dans une maison, ou dans un bâtiment quelconque, ou dans une cour, etc. Or, le jury ayant déclaré que la tentative de vol n'avait point eu lieu dans une *maison* habitée, il devenait impossible de savoir si l'escalade retenue par lui avait eu pour résultat l'introduction dans un des lieux mentionnés restrictivement dans l'art. 397, et, par suite, si elle constituait l'escalade légalement aggravante. Restait une tentative de vol simple, car la circonstance de *nuit* n'entraîne aucune aggravation lorsqu'elle est isolée, et la peine de l'emprisonnement pouvait seule être appliquée.

La Cour d'assises de la Manche, sur le renvoi de la Cour de cassation, jugea comme la Cour d'assises de l'Orne. Nouveau pourvoi. La Cour de cassation, chambres réunies, rejeta ce pourvoi, sur les conclusions de M. le procureur général Dupin :

« Attendu qu'il résulte de la combinaison des art. 381, n° 4, « et 384 que, pour qu'un vol commis à l'aide d'escalade soit puni « de la peine des travaux forcés à temps, il n'est pas nécessaire « que ce vol ait été commis dans une maison ou logement ha- « bité ou servant à habitation, ou leurs dépendances ; qu'il « suffit que le vol à l'aide d'escalade ait eu lieu dans des édi- « fices, parcs ou enclos non servant à habitation et non dépen- « dants des maisons habitées ; attendu qu'il suit de ces articles « et de la définition de l'escalade (art. 397) que la déclaration « d'un jury qu'un tel est coupable d'un vol avec escalade, sup- « pose nécessairement l'existence d'un lieu qui a pu être esca- « ladé, tel que maisons, cours, basses-cours, édifices quel- « conques, jardins, parcs et enclos, etc., etc. » (7 juin 1831. D. P., 31, 1, 265.)

Cet arrêt est critiqué par l'auteur du Recueil dans lequel nous le puisons. « Supposons, dit M. Dalloz, un jardin ouvert de tous côtés, excepté d'un seul qui offre une petite bordure de

Digitized by Google

mur. Au lieu d'entrer dans ce jardin par les parties ouvertes, un voleur escalade le petit mur, et le jury déclare qu'il est coupable de vol avec escalade dans un jardin. Cet individu supportera-t-il l'aggravation de peine que cause l'escalade et qui paraît n'être applicable qu'à l'introduction par escalade dans les lieux clos? Il sera certainement passible de l'aggravation en vertu de la présomption légale que reconnaît l'arrêt solennel qu'on recueille ici. Pour nous, nous avons de la peine à nous rendre à cette doctrine. Il nous semble qu'il est toujours besoin d'une déclaration du jury sur le point de savoir si le lieu était clos ou non; et nous préférerions la jurisprudence que la Cour avait adoptée par son premier arrêt. »

La Cour de cassation, saisie de nouveau de la même question, a persisté dans son système, et un arrêt du 11 juillet 1851 rejette le pourvoi d'un condamné, « attendu que la réponse affirmative faite sur les premières questions relatives au vol avec escalade suffit pour justifier l'application de peine qui a été faite « par l'arrêt, puisque l'escalade suppose nécessairement que le vol a été commis dans un lieu clos. » (*Bulletin;* n° 279.)

La difficulté qui naît de la matière, qu'il nous soit permis de le dire, n'a été jusqu'à présent ni précisée ni résolue.

Commençons par démontrer que le premier arrêt, celui du 18 novembre 1830, n'a point, en fait, la portée qu'il s'attribue. Quelle est sa prétention? C'est de décider que, pour qu'il y ait légalement escalade, il faut que le jury déclare que cette escalade a eu lieu pour s'introduire dans une maison, ou un bâtiment, ou une cour, etc. C'est bien là, en effet, ce qu'il a entendu juger, mais le fait ne comportait pas une application aussi absolue de cette doctrine. Rappelons deux des questions posées au jury de l'Orne. On lui demandait : 1° la tentative de vol a-t-elle été commise dans un lieu dépendant d'une maison habitée ; 2° a-t-elle été commise à l'aide d'escalade? La Cour n'a cassé que parce que le jury avait répondu négativement à la première question ; elle aurait, au contraire, rejeté le pourvoi si cette question eût été résolue affirmativement, parce qu'alors

Digitized by Google

il fût resté démontré pour elle que l'escalade avait eu pour résultat l'introduction du voleur *dans un lieu dépendant d'une maison habitée* ; mais cette conséquence n'eût pas été juste. Un jury, en répondant qu'un *vol* a eu lieu dans une maison habitée, ne dit pas par cela même qu'une *escalade* a eu lieu pour entrer dans cette maison ; la question est relative au vol, non à l'escalade ; le vol peut avoir été commis dans la maison, sans que le jury veuille admettre qu'une escalade ait facilité l'introduction dans cette maison, car elle peut avoir eu lieu ailleurs. Enfin, rien ne prouve que le lieu dépendant de la maison habitée soit un lieu clos, et, par conséquent, un lieu susceptible d'être escaladé, dans le sens de la loi. Il n'y a donc corrélation nécessaire ni entre les deux questions ni entre les deux réponses : d'où il résulte que l'arrêt n'est qu'une espèce de transaction, et que le principe qu'il proclame manque de base en fait.

Les deux arrêts postérieurs, celui de 1831 et celui de 1851, tranchent nettement la question, à leur point de vue : il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait légalement escalade, que le jury déclare que cette escalade a eu lieu pour s'introduire dans une maison, ou un bâtiment, ou une cour, etc., puisque l'escalade suppose nécessairement que le vol a été commis dans un lieu clos.

Ainsi, affirmation relative d'un côté, négation absolue de l'autre, voilà où en est aujourd'hui la thèse.

La dernière proposition est, du reste, incontestable en elle-même : l'escalade, aux termes de l'article 397 du Code pénal, suppose nécessairement l'introduction dans un lieu clos ; mais *poser purement et simplement à un jury la question de savoir si un vol a été commis à l'aide d'escalade, n'est-ce pas lui poser une* QUESTION DE DROIT ? Tels sont, si nous ne nous trompons, les véritables termes de la difficulté envisagée sous un premier aspect.

Tous les criminalistes savent que lorsque la loi a défini un délit, la définition est considérée comme l'expression des éléments de fait qui le constituent, tandis que le défini présente à l'esprit l'idée complexe de ses caractères au point de vue du

Digitized by Google

droit. Ainsi, l'altération frauduleuse de la vérité au moyen d'une fausse signature emportant obligation ; — l'action de se faire remettre des fonds en faisant usage d'un faux nom ; — l'imputation, par un discours proféré sur une place publique, d'un fait de nature à porter atteinte à la considération d'autrui : tout cela constitue en fait des infractions qui, dans le langage du droit, se nomment *faux*, *escroquerie*, *diffamation*. De même, l'acte d'aider ou assister, avec connaissance, l'auteur d'un crime dans les faits qui l'ont préparé ou facilité, ou dans ceux qui l'ont consommé, est qualifié par la loi *complicité*. Or, on sait que l'arrêt d'une Cour d'assises qui prononcerait une condamnation sur le verdict d'un jury déclarant un accusé coupable de *faux*, d'*escroquerie*, de *diffamation* ou de *complicité* d'un crime, serait ou devrait être rigoureusement cassé. C'est, qu'en effet, la Cour de cassation pose en principe que le jury ne doit jamais être interrogé sur un point de droit, lorsque le point de fait, le seul dont il soit juge, peut en être dégagé.

Faisons à notre matière l'application de cette règle.

Qu'est-ce que l'escalade ? Est-ce un fait dont la loi a abandonné l'appréciation au pouvoir discrétionnaire des tribunaux ou du jury ? Non ; c'est un fait légal, soigneusement défini, qui se compose d'éléments précis, déterminés, essentiels. Pour savoir si l'escalade existe légalement, il ne suffit pas de consulter ses impressions ou d'interroger le Dictionnaire de l'Académie : il faut recourir à l'article 397 du Code pénal, en peser les termes et s'y tenir. Pour que le jury soit réellement saisi d'une question de fait, il faut donc lui demander si l'entrée du voleur a été effectuée de telle ou telle manière, dans tel ou tel lieu ; et s'il répond affirmativement, c'est à la Cour d'assises de décider, en droit, si cette entrée de telle ou telle manière, dans tel ou tel lieu, constitue ou ne constitue pas la circonstance aggravante que la loi a appelée escalade. Sans doute, si le jury déclare qu'il y a escalade, il en résultera qu'il faut réputer constante la circonstance prévue par l'article 397 ; mais à quelles conditions ? A la condition que le jury n'aura pas substitué ses propres ap-

Digitized by Google

préciations à la définition de la loi ; à la condition qu'il aura connu et médité son texte, étudié et compris son esprit ; à la condition, en un mot, qu'il lui sera permis d'être tout à la fois juge du fait et juge du droit. On le voit, le dernier système de la Cour de cassation repose sur une pétition de principe ; la question n'est pas de savoir s'il y a escalade lorsque le jury a déclaré qu'il y avait escalade ; elle est, en premier lieu, de savoir si l'escalade est un point de droit, ce qui nous paraît devoir être résolu affirmativement dans l'état actuel de la doctrine; elle est, en second lieu et principalement, de savoir *si ce point de droit peut être soumis au jury*.

Si nous voulons être conséquent, nous devons répondre qu'il ne peut pas lui être soumis. Dès lors, au lieu de demander au jury s'il y a escalade, il faudra lui demander si le vol a été commis *à l'aide d'une introduction exécutée par la fenêtre d'un bâtiment,* — ou *par-dessus les murs d'un jardin clos,* — ou *dans un terrain environné de fossés,* etc. Cette solution nous paraît, en théorie, à l'abri de toute contradiction ; et cependant, nous l'avouons, elle ne nous satisfait pas, nous, hommes de pratique.

Distinguer, dans un délit, entre un point de fait et un point de droit, nous semble chose délicate quelquefois, souvent impossible. Cette distinction, facile dans le vol, épineuse dans le faux, ne peut jamais être faite dans les attentats aux mœurs, dans les outrages envers les fonctionnaires, enfin dans toutes les infractions que la loi n'a pas définies, et elles sont nombreuses. De là résultaient pour la Cour régulatrice des hésitations, des tâtonnements, des contradictions que le savoir et l'habileté ne parviennent pas toujours à dissimuler. Ainsi, l'arrêt qui condamnera un accusé déclaré coupable de *faux* par le jury sera cassé, tandis que l'arrêt prononçant la peine des travaux forcés contre un individu reconnu par le même jury coupable de *viol* sera maintenu ; et cependant *viol* et *faux* sont des dénominations caractérisant en droit certains faits matériels réprimés par la loi ; mais ces faits ont été déterminés dans un cas et ne l'ont pas été dans l'autre. Ne faut-il pas conclure de cette différence

Digitized by Google

que le législateur n'a pas vu dans la distinction de la Cour de cassation toute l'importance qu'elle y attache ; que cette division, en point de droit et en point de fait, n'est peut-être pas aussi juridique, en ce qui touche le jury, qu'elle paraît l'être ; que du moins il ressort de la nature des choses elles-mêmes que la règle n'est pas absolue, et que par suite il pourrait être dangereux d'en trop forcer l'application ? Que les magistrats, directeurs de l'information et rédacteurs des actes de la procédure qui précède la comparution de l'inculpé devant la Cour d'assises, soient tenus d'articuler nettement les faits sur lesquels repose leur qualification légale, rien de mieux : le recours en cassation, ouvert aux accusés dans cette première phase de la poursuite, est pour ces derniers une garantie suffisante que la loi n'aura pas été mal appliquée ou violée. Mais une fois ce préalable rempli, pourquoi tant s'inquiéter de la forme donnée aux questions soumises au jury, si elles rentrent dans les termes du Code pénal? Le jury peut, même lorsqu'il s'agit de crimes, prononcer sur certaines qualifications réputées points de droit : pourquoi n'en serait-il pas ainsi lorsqu'il n'est question que de simples *circonstances* de fait, extrinsèques à l'infraction, et qui se bornent à en déterminer les suites, sans en modifier la substance? Quoi qu'on puisse faire, n'en est-on pas toujours réduit à beaucoup abandonner à son appréciation? Et d'ailleurs, la discussion ne l'a-t-elle pas suffisamment éclairé, s'il peut l'être, sur tous les éléments qui constituent le fait d'aggravation? *Maison, cour, clôture, terrain environné de fossés,* ne sont-ce pas là des termes à la portée de tous les esprits, bien autrement simples que ces expressions, *supposition de personnes, fabrication de conventions, altération de clauses*, qui ne sont que la qualification intellectuelle d'un ensemble de circonstances matérielles difficiles à caractériser, même pour les magistrats?

D'un autre côté, ce n'est pas tout d'être conséquent en théorie, il faut encore l'être dans la pratique. Or, à quelles variétés de rédaction, à quelles complications de formules ne donnerait pas lieu cette question aujourd'hui si simple : *le vol*

Digitized by Google

a-t-il été commis à l'aide d'escalade? Notez que l'innovation devrait nécessairement s'étendre aux circonstances d'effraction extérieure et intérieure, de maison habitée et de fausses clefs; de sorte qu'il en résulterait une véritable révolution de Cour d'assises, tout à fait imprévue, non acclamée peut-être, et certainement fort onéreuse pour le trésor public, car ces brusques dérogations à de longues habitudes ne rencontrent pas toujours une rapide adhésion.

Il se peut que notre conclusion ne semble pas parfaitement logique, et, à vrai dire, nous soupçonnons qu'il en est ainsi; mais, l'avouerons-nous? dans les choses de forme (et il ne s'agit guère ici que de cela), la logique nous paraît quelquefois une conseillère aussi dangereuse qu'en politique. Dans l'espèce, nous nous rangeons du côté du fait accompli, et nous souhaitons le maintien de la jurisprudence confirmée par l'arrêt du 11 juillet 1851.

V.

Diffamation. — Publicité. — Intention de nuire.

La Cour de cassation, par arrêt du 1er mars 1851 (*Bulletin*, n° 82), rendu sur le rapport de M. le conseiller de Boissieux, a jugé, en cassant un jugement du tribunal supérieur de Reims :

1° Que la publicité, qui est un élément essentiel du délit de diffamation, ne résulte pas de cela seul que des propos auraient été *dits*, puisque la loi exige à dessein qu'ils aient été *proférés;*

2° Qu'il ne suffit pas non plus, pour que ce même élément existe à un autre point de vue, qu'il soit constaté que les propos ont été proférés dans un *lieu public;* mais qu'il faut encore que ce prétendu lieu public soit spécifié dans le jugement, afin que la Cour de cassation puisse contrôler sa qualification légale.

Voilà deux propositions nettement énoncées et parfaitement irréprochables.

Pourquoi donc, dans un autre arrêt du 18 juillet 1851 (*Bull.*, n° 291), lisons-nous les deux considérants qui suivent :

Digitized by Google

« Attendu qu'il résulte des motifs de l'arrêt attaqué que la « dame Monnier, née Chomat, a *dit publiquement*, etc. (Suit l'imputation diffamatoire.)

« Attendu, d'une part, qu'en ne constatant dans aucune des « dispositions dudit arrêt qu'il y ait eu *absence de la volonté de* « *nuire*, et, de l'autre, en déclarant simplement atténuantes les « circonstances dans lesquelles les propos ont été *tenus*, la Cour « d'appel de Grenoble a suffisamment *justifié sa décision....* « Rejette. »

Les décisions de la Cour de cassation, officiellement recueillies, exercent une trop grande et trop légitime influence sur la magistrature et sur le barreau, pour qu'il ne soit pas permis de signaler les inexactitudes de rédaction qu'elles renferment et les dangers qui peuvent en résulter.

L'arrêt de la Cour de Grenoble était insuffisant sur deux points : premièrement, il ne suffisait pas que le propos eût été *dit*, il fallait qu'il eût été *proféré*, aux termes de l'art. 1er de la loi du 17 mai 1819, ainsi que le démontre très-bien l'arrêt du 1er mars 1851, dans des motifs que nous n'avons pas transcrits; deuxièmement, il ne suffisait pas encore que ce propos eût été proféré *publiquement*, il fallait qu'il l'eût été dans un *lieu public*. En effet, la publicité indéfinie, la seule qui puisse se formuler juridiquement par l'expression *publiquement*, est celle qu'a prévue l'art. 6 de la loi du 25 mars 1822, loi relative à l'outrage et exclusivement applicable aux injures commises envers les fonctionnaires publics. Dans le sens de la loi du 17 mai 1819, loi de l'espèce, et dans le cas particulier de cette espèce, la publicité ne pouvait résulter que de la *profération* d'un discours dans un *lieu public* déterminé. Tout cela est incontestable.

Quel est le sens du second considérant? Le voici, s'il faut s'en rapporter au rédacteur de la notice insérée dans le *Bulletin* officiel : « En matière de diffamation, il n'est pas *nécessaire*, en « déclarant qu'il existe des *circonstances atténuantes* en faveur du « prévenu, d'ajouter dans les considérants du dispositif de l'arrêt « qu'*il n'y avait pas*, de la part du prévenu, *intention de nuire*. »

Digitized by Google

Mais l'arrêtiste s'est certainement trompé, car il est impossible que l'arrêt veuille consacrer une pareille doctrine. D'abord, la loi du 17 mai 1819 ne reconnaît pas l'atténuation prévue par l'art. 463 du Code pénal, et il semblerait que l'arrêt l'a admise; en second lieu, le jugement qui prononcerait une condamnation en cette matière après avoir constaté l'absence d'intention de nuire, commettrait une monstruosité, car sans intention de nuire, il n'existe pas de délit de diffamation. Le motif a donc été mal compris, et c'est précisément le reproche de s'être laissé mal comprendre que nous nous permettons de lui adresser. Il ne suffit pas qu'un arrêt constate dans son dispositif une solution raisonnable, il faut encore que ses déductions soient claires, précises, techniques, et ne puissent donner lieu à aucune équivoque; s'il en était autrement, une fâcheuse confusion s'introduirait dans les principes, et la jurisprudence ne marcherait plus qu'à tâtons. Aussi est-ce surtout par leur netteté que les savantes décisions de la Cour de cassation se font ordinairement remarquer.

GRELLET-DUMAZEAU.

Digitized by Google

QUELQUES MOTS SUR LE NOTARIAT.

Une proposition relative au tarif des actes notariés vient d'appeler de nouveau l'attention du gouvernement et du public sur le notariat. Sans rien préjuger sur cette question, si difficile et si délicate, qui touche à la fois et aux intérêts des justiciables et au droit de propriété, je m'occuperai de l'institution elle-même.

Quelques études sur ce sujet paraissent d'autant plus nécessaires que le notariat ne peut plus, dans l'état actuel des esprits et d'après le degré d'instruction et de capacité exigé pour chaque fonction, exister dans les conditions établies, soit par la loi du 25 ventôse an XI, soit par les ordonnances antérieures.

Je ne ferai pas ici l'historique du notariat avant la loi de ventôse. Les ordonnances de nos rois, relatives à cette fonction, n'avaient, la plupart du temps, qu'une efficacité nominale. Divisée en royale, seigneuriale et apostolique, elle subissait la loi du maître féodal qui lui donnait l'investiture. Elle ne pouvait recevoir une instruction générale et uniforme, puisqu'il n'y avait ni unité dans l'Etat et dans la législation, ni codification quelconque. Et même lorsque la royauté, ayant avec l'appui du tiers Etat étendu ses prérogatives par l'abaissement de la puissance féodale, lançait quelque édit qui devait être commun à tout le royaume, elle rencontrait souvent dans les Parlements une opposition locale par le refus d'enregistrement. Ainsi donc, soumis aux coutumes variées qui bigarraient, si je puis m'exprimer

Digitized by Google

ainsi, le sol de notre pays, les notaires ne pouvaient recevoir qu'une instruction spéciale à chaque province. Dans les pays du droit écrit, cependant, la législation était plus uniforme. Le midi de la Gaule, province presque romaine, avait donné à ses institutions administratives et judiciaires cette unité qu'elle avait puisée chez ses vainqueurs et qui lui avait été même imposée en partie. Le notariat se ressentit naturellement de cette influence civilisatrice qui émanait chaque jour d'un grand peuple. Et les hommes qui exerçaient ce ministère dans ces provinces heureuses et privilégiées, durent être, suivant les novelles de l'empereur *Léon, instruits dans l'art d'écrire, de parler, et profonds dans la science du droit*, sans oublier cette probité à l'épreuve, qui en faisait, comme elle en fait aujourd'hui, le principal caractère.

Mais au-dessus de cette couche romaine apparaissaient quelques usages locaux que la conquête ne put jamais effacer, que les notaires furent obligés d'adopter et de connaître.

Lorsque éclata le mouvement de 89, l'Assemblée constituante, en abolissant tous les priviléges, et par conséquent le droit de justice seigneuriale et ecclésiastique, fonda cette unité civile, administrative et judiciaire, qui, jointe à l'unité politique qu'avait fondée la royauté, rendit notre pays si grand et si fort. Le notariat, comme toutes les institutions qui se rattachaient à quelque privilége, se trouva, par ce fait même, renouvelé et grandi. Il espéra aussitôt une organisation nouvelle. Mais pressée par la multiplicité de ses travaux et par les embarras politiques, la Constituante décréta, quelques jours avant sa dissolution, le 29 septembre 1791, une prétendue loi organisatrice du notariat, jusqu'à la confection du Code civil. L'article 4 de cette loi en donne la mesure.

Digitized by Google

« Provisoirement et jusqu'à la confection du Code civil, les actes des « notaires publics seront reçus dans chaque lieu suivant les anciennes « formes. »

Les quelques décrets rendus dans les temps orageux de la République ne se rattachent, pour ainsi dire, pas à l'institution elle-même. Ce sont de simples prescriptions.

Enfin, parut et fut promulguée la loi organisatrice du notariat, cette loi qui sert aujourd'hui de base à l'institution, la loi du 25 ventôse an XI. Un profond étonnement vous saisit à sa lecture. A cette époque le notariat n'était composé que de vieux praticiens, tout imbus de notre législation coutumière et de quelques principes du droit nouveau, qui ne devaient trouver leur véritable consécration que lors de la confection de notre Code civil. Comment le législateur d'alors, créant une législation et une science nouvelles, effaçant presque toutes les traditions, pouvait-il confier les générations à venir à ces maîtres du droit anéanti? Quelles garanties devaient-ils offrir aux populations? Quels auxiliaires pouvait y trouver la justice? N'était-ce pas faire naître des procès à l'infini? Nos recueils de jurisprudence ne le démontrent-ils pas chaque jour?

Ne croyez point que le législateur n'ait pas été averti, que sa sollicitude n'ait pas été appelée sur cet objet. Voyez d'abord l'exposé des motifs de la loi organisatrice :

« Pour établir le droit de propriété, la liberté civile et le repos des « familles..., une quatrième institution est nécessaire ; — et, à côté « des fonctionnaires qui concilient et qui jugent les différends, la tran- « quillité appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils désintéressés des « parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté, leur fai- « sant connaître l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant « ces engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte au- « thentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leurs « souvenirs et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les dif-

Digitized by Google

« férends de naître entre les hommes de bonne foi, et enlèvent aux « hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste « contestation. Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, « cette espèce de juges volontaires qui obligent irrévocablement les « parties contractantes, sont les notaires; — cette institution est le no- « tariat. »

Quelle fonction délicate et difficile! Quel ministère pour ainsi dire sacerdotal! D'après ce portrait du notaire, tracé de la main du législateur, qu'y vois-je? La connaissance la plus parfaite du cœur humain, une profonde perspicacité, l'art de parler, ce don presque divin, d'où s'écoule la conviction et la persuasion, qui apaise les colères, éteint les haines et rapproche les intérêts les plus contraires.—L'art d'écrire, si difficile, surtout dans la rédaction des conventions humaines, où rien ne doit être laissé à l'ambiguïté, au doute et à l'amphibologie, et où la netteté de la pensée doit s'allier à la propriété du terme, —et la science des lois, qui éclaire toute question contentieuse, rectifie ou dissipe toute erreur, attribue à chacun son droit, et écarte toute prétention injuste ou de mauvaise foi !

Et cependant quelles conditions de capacité le législateur de l'époque a-t-il exigées? Ce n'est pas que la question d'instruction n'ait pas été débattue dans le sein du Corps législatif à l'occasion du stage. M. Réal la souleva d'une manière très-opportune et réclama une instruction conforme et adaptée aux fonctions de notaire. Mais MM. Favard et Jaubert insistèrent pour les anciens errements, qui trouvèrent une majorité favorable.

Que porte cette loi de ventôse, à laquelle on n'a pas touché? Je trouve à la section II.

Art. 35. « Pour être admis aux fonctions de notaire, il faudra : 1° jouir « des droits de citoyen ; 2° avoir satisfait aux lois sur la conscription

Digitized by Google

« militaire ; 3° être âgé de vingt-cinq ans accomplis ; 4° justifier du temps « de travail prescrit par les articles suivants :

Art. 36. « Le temps de travail ou stage sera, sauf les exceptions ci-« après, de six années entières et non interrompues, dont une des deux dernières au moins en qualité de premier clerc, chez un notaire d'une « classe égale à celle où se trouve la place à remplir. »

Les articles suivants se rattachent aux exceptions dont il est parlé en l'article 36. Différence de temps ou de stage, selon la classe dans laquelle on doit exercer.

Voilà toute l'instruction que la loi demande au notaire. N'est-ce pas assez, me dira-t-on? Le notariat est-il autre chose qu'une institution pour ainsi dire de famille? Et, *n'est-ce pas*, pour me servir des expressions de l'orateur du Corps législatif, *dans les études de notaire que l'on acquiert le talent de la rédaction des actes, l'habitude de la conciliation, tout ce qui donne, enfin, la pratique si nécessaire dans cet état ?*

Mais la connaissance des lois, où est-elle? Mais la science du droit, où se trouve-t-elle? Suffit-il d'être habile rédacteur, si l'on pèche par la base? Quelle saine application de la loi peut-on faire? Quel guide peut-on être et quel conseil lumineux peut-on donner? La conciliation dont vous parlez pourra-t-elle aboutir, si elle n'est pas éclairée par la science du droit ?

Avouons-le, ni le droit ni la loi ne s'apprennent guère dans les études de notaire; on les apprend rarement par soi-même. Il faut que la lumière et les éclaircissements viennent de la discussion approfondie des textes, souvent si difficiles. Les études de notaire forment des praticiens, et pas autre chose. Que de procès avec la seule pratique !...

En parcourant les différentes lois ou ordonnances qui ont été promulguées ou rendues depuis la loi de ventôse, on est

Digitized by Google

étonné que le législateur n'ait pas saisi l'occasion que lui donnaient de nombreuses pétitions à ce sujet, pour élaborer un projet nécessaire. Je sais bien que le gouvernement a été mis à même, par les Chambres, de se prononcer; mais une question de famille et de propriété l'a constamment arrêté. On a fait valoir, surtout pour les notaires de troisième classe, que les dépenses exigées, soit pour les études de collége, soit pour les études de plusieurs années de droit, excéderaient leurs moyens de fortune, et qu'alors l'impossibilité de pouvoir transmettre leur office à leur fils les atteindrait dans le droit de famille et de propriété.

Cette considération ne m'a jamais arrêté. D'abord, il n'y a pas de notaire de troisième classe, si peu importante que soit son étude, qui ne donne une instruction à son fils et ne le mette au collége; c'est une obligation forcée de sa position, surtout dans l'état de nos mœurs; — et puis, qui ne l'envoie dans une grande ville, soit pour faire son cours de droit, s'il a conquis le grade de bachelier, soit dans une étude de notaire d'une classe plus élevée, pour faire son stage. S'il a été moins heureux, faut-il que le public souffre de cette exception? Faut-il qu'un droit de propriété, qui ne s'acquiert d'ailleurs que par la capacité, fasse tort à l'intérêt général?

Donc, si le travail dans l'étude du notaire est nécessaire et obligé, les connaissances en droit sont essentiellement utiles et doivent devenir obligatoires. Les notaires ne sont plus seulement, comme les définit la loi de l'an XI, des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent et veulent faire donner caractère d'authenticité, ils sont encore les *conseils responsables* des parties. Comment comprendre cette responsabilité matérielle consacrée par la jurisprudence, avec des notions incomplètes du droit, avec une simple pratique?

Digitized by Google

Et d'ailleurs, les attributions du notaire ont grandi. Pas de projet de loi dans l'ordre civil où il ne se trouve appelé par son ministère ! Et cette réforme hypothécaire, qui exigeait tant d'aptitude et de connaissances, qui obligeait à des études nouvelles, d'autant plus difficiles à saisir et à appliquer, que les notions théoriques du droit étaient ignorées, et où le notariat était appelé à jouer un si grand rôle, comment la concilier avec les faibles exigences de la loi de ventôse?

Quelle instruction faut-il exiger du notaire? Je n'ai pas la prétention de tracer un plan complet, je me bornerai à une simple indication.

On maintiendrait les prescriptions de l'art. 35, à l'exception du paragraphe 4, et l'on exigerait en outre :

1° Un certificat d'études jusqu'à la rhétorique inclusivement. En ne demandant pas le grade de bachelier ès lettres, je sauve la question de propriété et de famille. D'ailleurs, je n'en vois pas l'utilité pour les notaires, dont le nombre est déterminé. Je conçois les difficultés du baccalauréat pour la plupart des professions libérales tellement encombrées, que notre pays, où tout le monde veut être quelque chose, est devenu le pays par excellence des solliciteurs et des fonctionnaires ;

2° L'entrée dans l'École du notariat (écoles créées par le gouvernement, établies dans quelques Cours d'appel les plus importantes, et dont une serait attachée à chacune de nos facultés de droit), à l'âge de dix-neuf ans seulement;

3° Le stage, qui commencerait à dix-sept ans et ne compterait que de cette époque. Les études préliminaires pratiques faites, soit dans l'étude paternelle, soit dans toute autre, aideraient puissamment l'aspirant à l'intelligence du droit ;

4° Un cours de notariat qui durerait trois ans et qui embrasserait toutes les connaissances relatives à la fonction de

Digitized by Google

notaire. Pendant ces trois années l'aspirant serait obligé de faire un stage pratique dans une étude de notaire; le certificat exigé par l'ordonnance du 4 janvier 1843, et l'inscription au secrétariat de la chambre de discipline seraient de droit;

5° Un stage de cinq années, dont la dernière en qualité de premier clerc ou de premier clerc-adjoint, dans une étude d'une classe égale à celle que l'on doit occuper ;

6° Un certificat de présence au cours pendant les trois années exigées. Ce certificat serait représenté à la Chambre de discipline appelée à l'examen du candidat.

Pour cet examen la Chambre de discipline serait assistée d'un conseiller à la Cour d'appel, du président du tribunal civil d'où ressortit la Chambre de discipline, et du procureur de la République près ce même tribunal.

MM. les conseillers, président et procureur de la République auraient voix délibérative.

L'aspirant qui, après l'achèvement de son cours et de son stage, passerait trois années sans travailler dans une étude de notaire, ne pourrait exercer cette fonction sans avoir repris ses travaux de cléricature pendant une année non interrompue avant son examen.

Il me semble que cette instruction nouvelle ajoute aux garanties du législateur de l'an XI. J'y retrouve, si je ne me trompe, une véritable éducation professionnelle, celle qui, joignant la théorie à la pratique, forme des hommes essentiellement utiles et spéciaux.

Un vœu en finissant. Un nouveau Conseil d'Etat vient d'être institué. Son organisation, imitée de celle de l'Empire, lui confère des attributions larges et puissantes. Eh bien! ce que je lui demande, c'est un code du notariat, un de ces

Digitized by Google

codes au texte simple, concis, facilement appréciable, empreint de l'esprit de l'époque, comme savait en élaborer son devancier impérial, et qui ne force plus le juge, l'avocat ou tout autre, à aller se perdre dans le dédale des lois, décrets et ordonnances qui ont été si multipliés sur cette fonction.

A. Baudet,
Notaire.

Eauze (Gers), février 1852.

Digitized by Google

DU CRÉDIT FONCIER.

DECRET SUR LES SOCIÉTÉS DE CRÉDIT FONCIER.

Louis-Napoléon, président de la République française; Sur le rapport du ministre de l'intérieur, de l'agriculture et du commerce, décrète :

TITRE PREMIER. — *Des sociétés de crédit foncier.*

Art. 1er. Des sociétés de crédit foncier, ayant pour objet de fournir aux propriétaires d'immeubles qui voudront emprunter sur hypothèque, la possibilité de se libérer au moyen d'annuités à long terme, peuvent être autorisées par décret du Président de la République, le Conseil d'Etat entendu.

Elles jouissent alors des droits et sont soumises aux règles déterminés par le présent décret.

2. L'autorisation est accordée, soit à des sociétés d'emprunteurs, soit à des sociétés de prêteurs.

3. Les sociétés sont restreintes à des circonscriptions territoriales que le décret d'autorisation déterminera.

4. Les sociétés de crédit foncier ont le droit d'émettre des obligations ou lettres de gage.

5. Pour faciliter les premières opérations des sociétés, l'Etat et les départements peuvent acquérir une certaine quantité de ces lettres de gage.

La loi de finances fixera, chaque année, le maximum des sommes que le Trésor pourra affecter à cet emploi.

La répartition en sera faite par le décret d'autorisation de chaque société.

Le même décret déterminera, en outre, la part qui sera attribuée à la société sur le fonds de 10 millions affecté à l'établissement des institutions de crédit foncier par l'article 7 du décret du 22 janvier dernier.

TITRE II. — *Des prêts faits par les sociétés de crédit foncier.*

6. Les sociétés de crédit foncier ne peuvent prêter que sur première hypothèque.

Digitized by Google

Sont considérés comme faits sur première hypothèque les prêts au moyen desquels tous les créanciers antérieurs doivent être remboursés en capital et intérêts.

Dans ce cas, la société conserve entre ses mains valeur suffisante pour opérer ce remboursement.

7. Le prêt ne peut, en aucun cas, excéder la moitié de la valeur de la propriété ; le minimum du prêt sera fixé par les statuts.

8. Nul prêt ne peut être réalisé qu'après l'accomplissement des formalités prescrites par le titre IV du présent décret pour purger : 1° les hypothèques légales, sauf le cas de subrogation par la femme à cette hypothèque ; 2° les actions résolutoires ou rescisoires et les priviléges non inscrits.

S'il survient une inscription pendant les délais de la purge, l'acte conditionnel de prêt est nul et non avenu.

9. Lorsque l'hypothèque légale est inscrite, le prêt ne peut être réalisé qu'après la mainlevée donnée, soit par la femme non mariée sous le régime dotal, soit par le subrogé tuteur du mineur ou de l'interdit, en vertu d'une délibération du Conseil de famille.

10. L'emprunteur acquitte sa dette par annuités. Il a toujours le droit de se libérer par anticipation, soit en totalité, soit en partie.

11. L'annuité comprend nécessairement :

1° L'intérêt stipulé, qui ne peut excéder 5 pour 100 ;

2° La somme affectée à l'amortissement, laquelle ne peut être supérieure à 2 pour 100, ni inférieure à 1 pour 100 du montant du prêt ;

3° Les frais d'administration, ainsi que les taxes déterminées par les statuts.

12. En cas de non-payement des annuités, la société, indépendamment des droits qui appartiennent à tout créancier, peut recourir aux moyens d'exécution déterminés par le titre IV du présent décret.

TITRE III. — *Des obligations émises par les sociétés de crédit foncier.*

13. Les obligations ou lettres de gage des sociétés de crédit foncier sont nominatives ou au porteur.

Les obligations nominatives sont transmissibles par voie d'endossement, sans autre garantie que celle qui résulte de l'art. 1695 du Code civil.

14. La valeur des lettres de gage ne peut dépasser le montant des prêts.

Digitized by Google

Elles ne sont émises qu'après avoir été visées par un notaire et enregistrées.

Le visa est donné gratuitement par le notaire dépositaire de la minute de l'acte de prêt.

Il est fait mention sur la minute du nombre et du montant des lettres de gage visées.

Les lettres de gage doivent être enregistrées en même temps que l'acte de prêt.

L'enregistrement des lettres de gage a lieu au droit fixe de 10 cent.

15. Il ne peut être créé de lettres de gage inférieures à 100 francs.

16. Les lettres de gage portent intérêt.

Dans le courant de chaque année, il est procédé à leur remboursement au prorata de la rentrée des sommes affectées à l'amortissement.

17. Les porteurs de lettres de gage n'ont d'autre action, pour le recouvrement des capitaux et intérêts exigibles, que celle qu'ils peuvent exercer directement contre la société.

18. Il n'est admis aucune opposition au payement du capital et des intérêts, si ce n'est en cas de perte de la lettre de gage.

TITRE IV. — *Des priviléges accordés aux sociétés de crédit foncier pour la sûreté et le recouvrement du prêt.*

CHAPITRE PREMIER. — *De la purge.*

19. Lorsque l'emprunteur est tuteur d'un mineur ou d'un interdit, il est tenu d'en faire la déclaration dans le contrat de prêt.

Dans ce cas, la signification énoncée à l'article précédent est faite tant au subrogé tuteur qu'au juge de paix du domicile où la tutelle est ouverte.

Dans la quinzaine de cette signification, le juge de paix convoque le conseil de famille en présence du subrogé tuteur. Ce conseil délibère sur la question de savoir si l'inscription doit être prise. En cas d'affirmative, elle est prise dans la huitaine de la délibération.

Après la délibération, le subrogé tuteur est tenu, sous sa responsabilité, de veiller à l'accomplissement des formalités ci-dessus prescrites.

20. Lorsque la femme mariée est présente au contrat de prêt, elle peut, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, consentir une subrogation à son hypothèque légale jusqu'à concurrence du montant du prêt.

Si elle ne consent pas cette subrogation, et sous quelque régime que le

Digitized by Google

mariage ait été contracté, le notaire l'avertit que, pour conserver vis-à-vis de la société le rang de son hypothèque légale, elle est tenue de la faire inscrire dans le délai de quinzaine.

L'acte fait mention de cet avertissement, sous peine de nullité.

21. Si la femme n'est pas présente au contrat, un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque est signifié à sa personne.

Cet extrait contient, sous peine de nullité, la date, les nom, prénoms, profession et domicile de l'emprunteur, la désignation de la nature ou de la situation de l'immeuble, le montant du prêt et l'avertissement prescrit par l'article précédent.

22. Dans le cas où l'exploit ne peut être remis à la femme en personne, et toutes les fois qu'il s'agit de purger des hypothèques légales inconnues, la signification est faite tant à la femme qu'au procureur de la République près le tribunal du lieu où l'immeuble est situé.

23. Un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque est inséré, avec mention des significations dont il est parlé à l'article précédent, dans l'un des journaux désignés pour les publications judiciaires.

Quarante jours après cette insertion, et s'il n'est pas survenu d'inscription d'hypothèques légales, l'immeuble est affranchi de ces hypothèques vis-à-vis de la société.

24. A l'égard des actions résolutoires ou rescisoires et des priviléges non inscrits, la purge a lieu de la manière suivante :

Un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque, dressé dans la forme indiquée au deuxième paragraphe de l'article 21, est signifié aux précédents propriétaires, soit au domicile réel, soit au domicile élu ou indiqué par les titres.

Cet extrait sera publié suivant le mode indiqué au premier paragraphe de l'article 22, et la purge s'opère après le délai de quarante jours écoulé sans qu'il soit survenu d'inscription.

25. La purge opérée par le défaut d'inscription prise dans les délais ci-dessus déterminés, a pour effet de faire acquérir à la société de crédit foncier le premier rang d'hypothèque relativement à la femme, au mineur ou à l'interdit.

Elle ne profite point aux tiers qui demeurent assujettis aux formalités prescrites par les art. 2193, 2194 et 2195 du Code civil.

Digitized by Google

CHAPITRE II. — *Des droits et moyens d'exécution de la société contre les emprunteurs.*

26. Les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le payement des annuités.

27. Ce payement ne peut être arrêté par aucune opposition.

28. Les annuités non payées à l'échéance produisent intérêt de plein droit.

Il peut, en outre, être procédé par la société au séquestre et à la vente des biens hypothéqués, dans les formes et aux conditions prescrites par les articles suivants :

§ I. *Du séquestre.*

29. En cas de retard du débiteur, la société peut, en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal civil de première instance, et quinze jours après une mise en demeure, se mettre en possession des immeubles hypothéqués, aux frais et risques du débiteur en retard.

30. Pendant la durée du séquestre, la société perçoit, nonobstant toute opposition ou saisie, le montant des revenus ou récoltes, et l'applique par privilége à l'acquittement des termes échus d'annuités et des frais.

Ce privilége prend rang immédiatement après ceux qui sont attachés aux frais faits pour la conservation de la chose, aux frais de labours et de semences et aux droits du Trésor pour le recouvrement de l'impôt.

34. En cas de contestation sur le compte du séquestre, il est statué par le tribunal comme en matière sommaire.

§ II. *De l'expropriation et de la vente.*

32. Dans le même cas de non-payement d'une annuité, et toutes les fois que, par suite de la détérioration de l'immeuble ou pour toute autre cause indiquée dans les statuts, le capital intégral est devenu exigible, la vente de l'immeuble peut être poursuivie.

S'il y a contestation, il est statué par le tribunal de la situation des biens, comme en matière sommaire.

Le jugement n'est pas susceptible d'appel.

33. Pour parvenir à la vente de l'immeuble hypothéqué, la société de crédit foncier fait signifier au débiteur un commandement dans la forme prévue par l'article 673 du Code de procédure civile. Ce commandement est transcrit au bureau des hypothèques de la situation des biens.

Digitized by Google

A défaut de payement dans la quinzaine, il est fait, dans les six semaines qui suivent la transcription dudit commandement, six insertions dans l'un des journaux indiqués par l'article 42 du Code de commerce, et deux appositions d'affiches à quinze jours d'intervalle.

Les affiches seront placées :

Dans l'auditoire du tribunal du lieu où la vente doit être effectuée ;

A la porte de la mairie du lieu où les biens sont situés, et sur la propriété lorsqu'il s'agit d'un immeuble bâti.

La première apposition est dénoncée dans la huitaine au débiteur et aux créanciers inscrits, au domicile par eux élu dans l'inscription, avec sommation de prendre communication du cahier des charges.

Quinze jours après l'accomplissement de ces formalités, il est procédé à la vente aux enchères en présence du débiteur, ou lui dûment appelé, devant le tribunal de la situation des biens ou de la plus grande partie des biens.

Néanmoins, le tribunal, sur requête présentée par la société avant la première insertion, peut ordonner que la vente aura lieu, soit devant un autre tribunal, soit en l'étude d'un notaire du canton ou de l'arrondissement dans lequel les biens sont situés. Ce jugement n'est pas susceptible d'appel. Il ne peut y être formé d'opposition que dans les trois jours de la signification qui doit en être faite au débiteur, en y ajoutant les délais de distance.

34. A compter du jour de la transcription du commandement, le débiteur ne peut aliéner au préjudice de la société les immeubles hypothéqués, ni les grever d'aucuns droits réels.

35. Le commandement, les exemplaires du journal contenant les insertions, les procès-verbaux d'apposition d'affiches, la sommation de prendre communication du cahier des charges et d'assister à la vente, sont annexés au procès-verbal d'adjudication.

36. Les dires et observations doivent être consignés sur le cahier des charges, huit jours au moins avant celui de la vente. Ils contiennent constitution d'un avoué, chez lequel domicile est élu de droit, le tout à peine de nullité.

Le tribunal est saisi de la contestation par acte d'avoué à avoué. Il statue sommairement et en dernier ressort, sans qu'il puisse en résulter aucun retard de l'adjudication.

37. Si, lors de la transcription du commandement, il existe une saisie antérieure pratiquée à la requête d'un autre créancier, la société de

Digitized by Google

crédit foncier peut, jusqu'au dépôt du cahier d'enchères et après un simple acte signifié à l'avoué poursuivant, faire procéder à la vente d'après le mode indiqué dans les articles précédents.

Si la transcription du commandement n'est requise par la société qu'après le dépôt du cahier d'enchères, celle-ci n'a plus que le droit de se faire subroger dans les poursuites du créancier saisissant, conformément à l'art. 722 du Code de procédure civile.

Il n'est accordé, si la société s'y oppose, aucune remise d'adjudication.

En cas de négligence de la part de la société, le créancier saisissant a le droit de reprendre ses poursuites.

38. Dans la huitaine de la vente, l'acquéreur est tenu d'acquitter, à titre de provision, dans la caisse de la société, le montant des annuités dues.

Après les délais de surenchère, le surplus du prix doit être versé à ladite caisse jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, nonobstant toutes oppositions, contestations et inscriptions des créanciers de l'emprunteur, sauf néanmoins leur action en répétition, si la société avait été indûment payée à leur préjudice.

39. Si la vente s'opère par lots ou qu'il y ait plusieurs acquéreurs non cointéressés, chacun d'eux n'est tenu même hypothécairement vis-à-vis de la société que jusqu'à concurrence de son prix.

40. La surenchère a lieu conformément aux articles 708 et suivants du Code de procédure civile.

Dans le cas de vente devant notaire, elle doit être faite au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel l'adjudication a été prononcée.

41. Lorsqu'il y a lieu à folle enchère, il y est procédé suivant le mode indiqué par les art. 33, 34, 35, 36 et 37 du présent décret.

42. Tous les droits énumérés dans le présent chapitre peuvent être exercés contre les tiers détenteurs, après dénonciation du commandement fait au débiteur.

Les poursuites commencées contre le débiteur sont valablement continuées contre lui, jusqu'à ce que les tiers auxquels il aurait aliéné les immeubles hypothéqués se soient fait connaître à la société. Dans ce cas, les poursuites sont continuées contre les tiers détenteurs sur les derniers errements, quinze jours après la mise en demeure.

Digitized by Google

TITRE V. — *Dispositions générales.*

43. Les sociétés de crédit foncier sont placées sous la surveillance du ministre de l'intérieur, de l'agriculture et du commerce et du ministre des finances.

Le choix des directeurs est soumis à l'approbation du ministre de l'intérieur, de l'agriculture et du commerce.

44. Il est interdit aux sociétés de faire d'autres opérations que celles prévues par le présent décret.

45. Elles sont admises à déposer leurs fonds libres au Trésor, aux conditions déterminées par le gouvernement.

46. Les fonds des incapables et des communes peuvent être employés en achat de lettres de gage.

Il en est de même des capitaux disponibles appartenant aux établissements publics ou d'utilité publique, dans tous les cas où ces établissements sont autorisés à les convertir en rentes sur l'Etat.

47. Les inscriptions hypothécaires prises au profit des sociétés de crédit foncier sont dispensées, pendant toute la durée du prêt, du renouvellement décennal prescrit par l'art. 2154 du Code civil.

48. Les statuts approuvés conformément aux dispositions de l'art. 1er indiquent principalement :

1° Le mode suivant lequel il doit être procédé à l'estimation de la valeur de la propriété ;

2° La nature des propriétés qui ne peuvent être admises comme gage hypothécaire, et celles sur lesquelles il ne peut être prêté qu'une somme inférieure à la quotité fixée par l'art. 8 ;

3° Le maximum des prêts qui peuvent être faits au même emprunteur;

4° Les tarifs pour le calcul des annuités ;

5° Le mode et les conditions des remboursements anticipés ;

6° L'intervalle à établir entre le payement des annuités par les emprunteurs et le payement des intérêts du capital par la société ;

7° Le mode d'émission et de rachat et le mode de remboursement des lettres de gage avec ou sans primes, ainsi que le mode d'annulation des lettres de gage remboursées ;

8° La constitution d'un fonds de garantie ou d'un fonds de réserve ;

9° Les cas où il y aura lieu à la dissolution de la société, ainsi que les formes et conditions de la liquidation ;

10° Les cautionnements et autres garanties à exiger des directeurs,

Digitized by Google

administrateurs et employés de la Société, ainsi que le mode de leur nomination.

49. Un règlement d'administration publique détermine notamment :

1° Le mode suivant lequel est exercée la surveillance de la gestion et de la comptabilité ;

2° La publicité périodique à donner aux états de situation et aux opérations sociales ;

3° Le tarif particulier des honoraires dus aux officiers publics appelés à concourir aux divers actes auxquels peut donner lieu l'établissement des sociétés de crédit foncier.

50. Le ministre de l'intérieur, de l'agriculture et du commerce, et le ministre des finances, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret.

Fait au palais des Tuileries, le 28 février 1852. LOUIS-NAPOLÉON.

Les institutions de crédit foncier étant presque inconnues en France, il nous paraît essentiel de donner sur leur mécanisme et sur leurs effets quelques explications qui feront mieux apprécier les immenses avantages du décret publié par le *Moniteur* du 28 de ce mois.

Une enquête ouverte au Conseil d'État, en 1850, a prouvé que l'intérêt des prêts hypothécaires est, en moyenne, de 8 pour 100 par an, y compris les frais d'enregistrement, honoraires, expédition, inscription, renouvellement, quittance, radiation. Les renseignements recueillis auprès des Conseils généraux ont donné le même résultat.

La dette hypothécaire inscrite est d'environ 14 milliards. En déduisant les hypothèques éteintes, conditionnelles, légales, judiciaires, il reste plus de 8 milliards qui supportent un intérêt de 640 millions.

Il est à remarquer que le capital de la dette s'accroît, année moyenne, de 600 millions, c'est-à-dire d'une somme presque équivalente au montant de l'intérêt.

Un pareil état de choses, qui menaçait les fortunes immobilières de la France, appelait un prompt remède.

Voyons maintenant quels seront les effets des institutions créées par le Président de la République, et qui fonctionnent avec tant de succès en Allemagne depuis près d'un siècle.

Les sociétés de crédit foncier, à l'aide des priviléges qui leur sont attribués par le décret, offriront toute sécurité aux capitalistes.

Digitized by Google

1° Ces sociétés ne pourront émettre des obligations ou lettres de gage que jusqu'à concurrence des prêts qu'elles auront consentis. La stricte exécution de cette clause est assurée par l'intervention du notaire, qui, dépositaire de l'acte de prêt, peut seul viser ces lettres de gage. Cet officier public encourrait une grave responsabilité s'il visait des obligations qui excéderaient le montant du prêt.

2° Ces sociétés ne sont exposées à aucune perte. Les sommes qu'elles prêtent sont garanties par une première hypothèque sur un immeuble d'une valeur au moins double. Elles ne font de payements qu'après avoir purgé les hypothèques légales, rescisoires et résolutoires. Elles n'ont donc à craindre aucune éviction.

3° En cas de retard dans l'acquittement des annuités souscrites à leur profit, elles ont le droit de séquestrer immédiatement l'immeuble hypothéqué, et même de le vendre avec des formalités rapides et peu coûteuses.

Quel sera le débiteur qui se laissera exproprier pour ne point se libérer exactement chaque année d'une portion de dette à peine égale au revenu de sa propriété?

Si l'on ajoute à toutes ces causes de sécurité celle qui résulte du concours de l'État et des départements, si l'on considère la facilité de placer et de négocier les lettres de gage qui, pouvant être fractionnées en sommes de 100 francs, recueilleront les épargnes même des petites fortunes, il est permis d'espérer que ces sociétés trouveront aisément des capitaux à un intérêt de 4 1/2 pour 100 au plus.

Cela posé, examinons quelles seront les charges qu'auront à supporter les emprunteurs :

Intérêt de l'argent.....	4 1/2	p. 100
Frais de premier établissement et d'administration...	1/2	p. 100
Amortissement.....	1	p. 100
Total.....	6	p. 100

Supposons un propriétaire qui, ayant un immeuble d'une valeur de 100,000 fr., a emprunté sur hypothèque 50,000 fr.

Il paye en ce moment l'intérêt, frais compris, à 8 pour 100, ou soit 4,000 fr.

Il est, en outre, menacé, à l'échéance de sa dette, d'une expropriation forcée qui toujours amène sa ruine.

Que ce propriétaire s'adresse à une société de crédit foncier, il recevra

Digitized by Google

les 50,000 fr., et n'aura plus à payer que 3,000 fr. par an, sans jamais être tenu de rembourser le capital, qui sera éteint après quarante ans.

Nous avons dit que la dette hypothécaire de la France est de 8 milliards, et l'intérêt annuel de 640 millions.

Le crédit foncier éteindra la dette après quarante ans, et diminuera l'intérêt de 2 pour 100, ou soit de 160 millions.

Cette dernière somme équivaut à près des trois cinquièmes de la contribution foncière, qui est de 280 millions.

Si tout à coup un décret du Président de la République apprenait à la France que la contribution foncière est diminuée de plus de moitié, avec quels transports d'allégresse un pareil décret ne serait-il pas accueilli! Le même résultat sera obtenu par les institutions du crédit foncier, dès qu'elles seront organisées dans les départements. On aurait en vain attendu longtemps cet immense bienfait, sans l'activité prodigieuse imprimée au pouvoir législatif depuis l'acte du 2 décembre.

En effet, dans la pensée de l'Assemblée nationale, le crédit foncier ne pouvait être décrété qu'après la réforme hypothécaire, et combien de difficultés cette réforme n'éprouvait-elle pas encore, quoique les jurisconsultes les plus éminents eussent consacré plus de deux ans à l'étude de ce projet!

Ces difficultés ont été aplanies avec un rare bonheur par le décret du 28 de ce mois, qui, introduisant des innovations profondes dans le système hypothécaire et dans les formalités de l'expropriation forcée, en restreint l'application aux actes faits par les sociétés de crédit foncier, et laisse conséquemment subsister, quant au droit commun, toutes les dispositions de nos Codes; de telle sorte que, si la pratique prouve que le nouveau système peut fonctionner sans de graves inconvénients, on pourra l'étendre plus tard à toute la législation. Si, au contraire, l'expérience démontre que ces innovations ne garantissent pas suffisamment l'intérêt des propriétaires et des incapables, l'épreuve aura été faite sans danger, et des modifications nouvelles pourront obvier aux inconvénients qui se seront révélés.

Faisons donc un appel aux capitalistes qui se préoccupent des intérêts généraux de leur pays. Nous ne doutons point qu'ils ne prêtent leur concours aux sociétés de crédit foncier qui, sans doute, ne tarderont point à s'établir dans toute la France. (*Moniteur*).

Digitized by Google

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

SÉANCES DES 17 ET 30 DÉCEMBRE 1851, 7 ET 21 JANVIER 1852.

Nous avons annoncé [1] la constitution récente de l'*Académie de législation de Toulouse*. Nous nous empressons aujourd'hui, en profitant des communications qui nous sont faites par M. le secrétaire perpétuel, de publier une analyse des premiers travaux de cette compagnie savante.

Séance du 17 *décembre* 1851 (Rentrée de l'Académie).

Présidence de M. GARRISSON, président à la Cour d'appel.

M. Benech, secrétaire perpétuel, donne lecture du procès-verbal de la séance du 17 juillet 1851 ; ce procès-verbal est adopté. Le secrétaire perpétuel fait ensuite le dépouillement de la correspondance qui a fourni un grand nombre de lettres adressées par divers jurisconsultes français et étrangers, dont quelques-uns ont transmis à l'Académie divers travaux. M. Cousturier, vice-président du tribunal de Tongres (Belgique), a adressé son *Traité sur la prescription en matière criminelle;* M. Francisco-Cardenas, jurisconsulte à Madrid, un *Travail sur l'histoire du droit civil en Espagne,* et un *Projet de Code civil espagnol;* M. Feraud Giraud, juge à Aix (Bouches-du-Rhône), un *Traité sur la voirie*; M. Grellet-Dumazeau, conseiller à la Cour d'appel de Riom, un livre intitulé le *Barreau romain.* M. Boileux, juge à Blois (Loir-et-Cher), ses diverses publications sur le *Code civil et le droit commercial*; M. Valette, professeur à la Faculté de droit de Paris, ses *Annotations sur Proudhon;* M. Troplong, membre de l'Institut, premier président de la Cour d'appel, à Paris, son *Mémoire sur le droit de propriété;* M. Kœnigswarter, membre correspondant de l'Institut, à Paris, ses divers travaux sur la législation ; M. Destrem, juge au tribunal de la Seine, son livre portant pour titre : *Lois des bâtiments.*

Le secrétaire perpétuel ajoute qu'il résulte également de la correspondance que plusieurs jurisconsultes étrangers et français ont adressé des

[1] Voyez notre *Revue*, 1851, t. II, p. 205 et suiv.

Digitized by Google

lettres à l'Académie, dans lesquelles ils promettent de prendre une part active à ses travaux, et de lui faire de prochaines communications scientifiques. Ont écrit dans ce sens, MM. Mittermayer, professeur à l'Université d'Heidelberg (grand-duché de Bade); Warnkœnig, ancien professeur à Tubinguen (Wurtemberg); Gomez Pedro de la Cerna, professeur à l'Université de Madrid; J.-J. Haüs, professeur à l'Université de Gand; de Nypels, professeur à l'Université de Liège; Œmidio Cæsarini, avocat à Rome; Guarnacci, jurisconsulte à Volaterre (Etats de Toscane); Pierre Odier, professeur à l'Université de Genève; et MM. Brivescases, juge suppléant au tribunal civil de Bordeaux; Jules Cauvet, avocat à Narbonne; Sacase, conseiller à la Cour d'appel d'Amiens; Wolowski, professeur de législation industrielle au Conservatoire des Arts et Métiers, directeur de la *Revue de législation*, à Paris; J.-B. Duvergier, avocat à la Cour d'appel de Paris; Aubry, professeur à la Faculté de droit de Strasbourg; Nicias Gaillard, premier avocat général à la Cour de Cassation; Laferrière, ancien inspecteur général de l'ordre du droit, recteur à Versailles.

M. Molinier présente à l'Académie, de la part de M. Marcadé, ancien avocat à la Cour de cassation, les commentaires de ce jurisconsulte, intitulés : *Explications du Code civil*. Enfin M. le président dépose sur le bureau, au nom de M. Vaïsse, ancien magistrat à Toulouse, un *Mémoire intitulé de la police rurale*, communiqué par son auteur à la Société d'agriculture de Toulouse.

M. le président, procédant en exécution du § 1e de l'art. 12 des statuts, désigne, pour faire des rapports verbaux ou écrits sur les ouvrages ci-dessus mentionnés, les membres dont les noms suivent :

1° Sur le mémoire de M. Troplong, M. Caze;

2° Sur les travaux adressés par M. Francisco de Cardenas, M. Ducos;

3° Sur les annotations de M. Valette, M. Décamps;

4° Sur les publications de M. Kœnigswarter, M. Bressolles;

5° Sur le barreau romain, par M. Grellet-Dumazeau, M. Duffour;

6° Sur le mémoire de M. Vaïsse, intitulé *De la police rurale*, M. Mazoyer;

7° Sur les lois des bâtiments, par M. Destrem, M. Timbal;

8° Sur le traité de la voirie, par M. Féraud-Giraud, M. Chauveau;

9° Sur les travaux adressés par M. Boileux, M. Tournamille;

10° Sur l'*Explication du Code civil*, par M. Marcadé, M. Cassagne;

11° Sur le traité de la *Prescription en matière criminelle*, par M. Cousturier, M. Delquié.

M. le président invite ensuite M. Ressigeac, appelé par l'ordre de travail, à vouloir bien communiquer un de ses travaux à l'Académie. M. Ressigeac donne lecture d'un mémoire intitulé : *Observations sur la règle catonienne*.

Digitized by Google

Dans ce mémoire, l'auteur, après avoir reproduit le texte de la règle catonienne, qui exige, pour qu'un legs sortisse son plein et entier effet, qu'il réunisse toutes les conditions de validité, et à l'époque de la confection du testament, et à l'époque du décès du testateur, règle formulée par le jurisconsulte Celse, dans la loi 1re, au Digeste, *De Regula catoniana* (lib. XXXIV, tit, VII) : *Quòd si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret legatum, quandocumquè decessisset, non valere*, étudie ses origines, en recherchant quel est celui des deux Catons, de Caton le censeur ou de son fils, auquel il faut attribuer la paternité de cette règle, et les motifs qui la firent introduire. Ces motifs sont, d'après lui, à la fois moraux et juridiques, en ce sens que le testament, fait en vue de la mort, ne devait renfermer que des dispositions de nature à pouvoir être exécutées à l'instant même où elles étaient faites, la mort toujours imminente pouvant suivre immédiatement. L'auteur caractérise ensuite l'objet propre de la règle qu'il étudie, en groupant et analysant les divers textes qui s'y réfèrent, dans l'ensemble du corps du droit ; il la suit dans ses fortunes diverses sous l'ancienne jurisprudence, montre son autorité souveraine dans les pays de droit écrit, incertaine au contraire, mais non pas proscrite d'une manière absolue, comme on l'a inexactement allégué, dans les pays de coutumes : il considère, bientôt après, ses rapports avec l'art. 49 de l'ordonnance de 1735, et établit, avec l'autorité de Furgole (*Des testaments*, chap. VI, § 19), que cet article qui, pour la validité de l'institution faite par testament, n'exige qu'une chose, que les institués soient conçus ou nés à l'époque du décès du testateur, *et fait pour un cas particulier*, ne devait pas tirer à conséquence, et qu'il implique l'autorité de la règle catonienne pour les cas ordinaires beaucoup plus qu'il ne l'infirme.

Passant enfin à l'examen de son autorité sous l'empire du Code, il aboutit dans la dernière partie de sa dissertation, où domine l'étude critique du texte de l'art. 906 du Code civil, qui n'est que la reproduction de l'art. 49 de l'ordonnance de 1735 (texte qu'il éclaire d'ailleurs par les travaux préparatoires du Code), à cette conséquence, mal à propos méconnue selon lui par la plupart des auteurs modernes, que la règle catonienne doit conserver de nos jours toute sa force.

La lecture de ce mémoire est suivie d'une discussion à laquelle plusieurs membres prennent part.

Un membre aurait souhaité que dans un travail d'ailleurs si savant et si consciencieux, l'auteur eût établi la corrélation qui existait entre la *Regula catoniana* spéciale aux legs, et la formule plus générale du droit romain : *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (Fragment XXIX, *De diversis regulis juris antiqui*).

Un autre membre exprime cette opinion, que la règle catonienne n'é-

Digitized by Google

tant pas reproduite par le législateur moderne, il paraît difficile de lui reconnaître une autorité générale et absolue. Ne conviendrait-il pas de laisser au juge une assez grande latitude pour l'appliquer ou ne pas l'appliquer, en raison du caractère plus ou moins favorable des causes d'incapacité?

Un troisième membre fait observer que, selon lui, l'introduction de la règle dont s'agit ne doit pas être attribuée à des motifs d'un ordre moral, mais bien à un sentiment de stricte justice, qui, dans la seconde partie du sixième siècle de la fondation de Rome, porta les jurisconsultes à soumettre les légataires, qu'on voyait fréquemment (à une époque où la loi Falcidie n'existait pas; elle ne remonte qu'à l'an 714), absorber tout l'émolument héréditaire, aux conditions de capacité qui régissaient les héritiers, conditions qui, pour ceux-ci, dérivaient nécessairement de la forme des testaments *calatis comitiis* et du testament *per æs et libram* alors en vigueur (Justinian. Instit.; lib. II, tit. XIX, § 4), et à soumettre ainsi les conditions de validité des legs aux conditions normales, non-seulement de la validité des institutions d'héritier, mais encore des actes ordinaires de la vie civile, comme, par exemple, la *mancipation* et la *stipulation* (*Institut.*; *de inutilib. stipulat.*, § 2).

Il ne saurait considérer comme rigoureusement exacte cette proposition de M. de Savigny (*Traité du droit romain*, tome VIII, pages 450-451), que dans le testament *per æs et libram*, toutes les personnes que le testament concernait, et plus spécialement les légataires, fussent représentés par le *familiæ emptor*, cet acheteur fictif du patrimoine tenant probablement encore lieu d'héritier (*Gaïus*, 2, § 203, 205). Les intérêts de celui-ci étant en opposition avec les intérêts des légataires, il eût été peu juridique d'admettre qu'il les représentât.

Le même membre aurait enfin désiré que l'auteur du mémoire eût accordé plus de place à des points de vue qui, pour être étrangers à la capacité des légataires proprement dite, et bien différents de ceux qui sont réglés, soit par le fragment 5 de la *Regula catoniana*, où le jurisconsulte Ulpien établit un antagonisme entre l'ancien droit et les lois nouvelles, soit par le paragraphe 244 du Commentaire 2 de Gaïus, reproduit dans le paragraphe 32 des Institutes de Justinien, *De legatis*, n'en étaient pas moins l'objet direct de la règle catonienne, comme par exemple, le cas prévu dans le paragraphe 196 du Commentaire 2 de Gaïus, et le paragraphe 7 du titre XXIV des Fragments d'Ulpien, *De legatis*, et celui qui est prévu par le paragraphe 10 *De legatis*, Institutes de Justinien.

M. Ressigeac présente à son tour des observations en réponse à celles qui viennent de lui être faites.

La discussion étant close, M. Rodière fait observer que deux places

Digitized by Google

d'associé ordinaire étant vacantes dans le sein de l'Académie, l'une par l'acceptation qu'a faite M. Auzies des fonctions de substitut de procureur de la République près le tribunal civil d'Alby ; la seconde, par le décès de M. l'abbé Bergès, il conviendrait de pourvoir à ces places. La proposition de M. Rodière étant appuyée par plus de deux membres, M. le président consulte l'Académie sur la prise en considération. L'Académie prend la proposition en considération.

L'Académie s'ajourne, pour la seconde séance du mois de décembre, au mardi 30 de ce mois.

La séance est levée.

Séance du mardi 30 *décembre* 1851.

Présidence de M. Garrisson.

M. Rodière est invité, par M. le président, à faire une communication à l'Académie.

Ce membre donne lecture d'un mémoire ayant pour titre : *Des effets déclaratifs du partage.*

Après avoir d'abord constaté que les origines de l'art. 883 du Code civil, d'après lequel le partage *est simplement déclaratif et non translatif de propriété*, se trouvent dans l'esprit de réaction des vieux légistes français contre la fiscalité féodale, l'auteur signale et combat certaines exagérations de la doctrine et de la jurisprudence modernes qui ont abusé, selon lui, de la fiction admise par l'article déjà cité. Il les combat spécialement en ce que l'une et l'autre déclarant entièrement et radicalement résolues, même dans le cas du partage avec soulte, les hypothèques consenties par un cohéritier ou un comparsonnier sur sa part indivise d'un des objets immobiliers, qui par l'effet du partage est tombé plus tard dans le lot d'un autre cohéritier ou copartageant, ont considéré le prix de la soulte comme une valeur purement mobilière, sur laquelle tous les créanciers hypothécaires et chirographaires du copartageant auquel la soulte est due, sont admis à concourir au marc le franc de leurs créances.

M. Rodière estime que cette théorie, contraire à la réalité des choses, qui ne permet pas de ne pas voir dans le partage avec soulte une cession-transport de biens immobiliers jusques à concurrence du montant de la soulte, en opposition d'ailleurs avec le paragraphe 3 de l'art. 68 de la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement, qui a tarifé les soultes comme prix de vente, résiste à la fois et au texte et à l'esprit de l'art. 883, sainement entendu. Il propose, en conséquence, de restreindre la fiction de cet article d'après lequel *chaque cohéritier est censé*

Digitized by Google

avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets à succession, au cas où le partage s'opère sans aucune soulte ou retour de lots ; et pour le cas, au contraire, où il y aura soulte, il propose d'admettre les créanciers en faveur desquels des hypothèques ont été constituées pendant l'indivision, à se faire colloquer, selon le rang de ces hypothèques, sur le montant de la soulte représentant en tout ou en partie leur gage immobilier primitif.

Cette lecture est suivie d'une discussion à laquelle divers membres ont pris part, et dans laquelle le système de M. Rodière a été tour à tour défendu et attaqué. On a dit, en substance, contre la distinction proposée par l'auteur du mémoire :

1° Qu'elle était contraire au texte de l'art. 883 du Code civil, qui, s'appliquant littéralement au cas de *licitation*, régit par cela même le partage fait avec soulte, comme celui où il n'y a pas de soulte, la part du prix due à chaque colicitant, par son colicitant devenu adjudicataire, constituant une véritable soulte ; que la disposition générale de l'art. 883 avait d'autant plus d'autorité qu'elle est conforme aux doctrines qui avaient définitivement prévalu dans l'ancien droit.

2° Que l'auteur du mémoire admettant sur le prix de la soulte l'exercice d'un droit de préférence au profit des créanciers hypothécaires, sans admettre en leur faveur un droit de suite, et notamment le droit de surenchère, créait par cela même un droit hypothécaire anormal, *sui generis*, en dehors de l'œuvre du législateur.

3° Que l'auteur ne pourrait assurément s'empêcher d'admettre en faveur du copartageant lésé, l'exercice de la rescision pour cause de lésion du tiers au quart, et n'exigerait pas une lésion de plus de sept douzièmes ; d'où il faut conclure encore, et de plus fort, que le partage fait avec soulte ne dépose pas son caractère de partage pour revêtir celui d'une vente.

4° Que les cohéritiers ou copartageants de toute masse indivise ont intérêt à ce que l'exécution du partage ne soit pas entravée par des difficultés auxquelles donnerait nécessairement lieu l'existence d'un droit hypothécaire, même destitué de tout droit de suite, au profit des créanciers hypothécaires du créancier de la soulte.

5° Que l'on ne saurait contester la résolution pure et simple des autres droits réels, comme, par exemple, d'un droit d'usufruit ou d'usage, constitués par un cohéritier ou comparsonnier, pendant l'indivision, sur sa part d'un des objets faisant partie de la masse indivise, lorsque l'objet grevé de ces droits réels tombe dans le lot d'un autre copartageant ; qu'il doit en être de même du droit d'hypothèque.

6° Qu'il ne fallait pas s'exagérer l'influence que doivent exercer sur la

Digitized by Google

solution de la question les dispositions de la loi du 22 frimaire an VII, les lois fiscales ne pouvant pas régir les rapports du droit civil de particulier à particulier.

7° Enfin qu'il ne fallait pas non plus donner une trop grande importance aux origines de l'art. 883 du Code civil ; que sans doute cet article prend sa source dans l'opposition que faisaient les légistes français à la fiscalité féodale ; que ces jurisconsultes refusèrent, il est vrai, de voir dans les partages le caractère d'une mutation, à l'effet de les soustraire au droit de lods et ventes ; mais que cette origine n'était pas tellement exclusive qu'il n'y eût en dehors d'elle d'autres bons motifs propres à servir de base à la fiction consacrée par l'art. 883, motifs que des jurisconsultes romains du premier ordre avaient eux-mêmes admis, et qui étaient propres par cela même à limiter l'effet du partage à la transformation d'une part idéale et abstraite en une portion concrète et matériellement déterminée.

M. Rodière a répondu en substance, et entre autres choses :

1° Que le mot de *licitation*, qu'on lit dans l'art. 883, ne contrariait pas son système, parce qu'il peut être question de la licitation d'un des immeubles indivis, considérée comme un acte ne constituant pas le partage, et comme préliminaire du partage, ou préparatoire de ses opérations.

2° Qu'il reconnaissait que le caractère du partage était prédominant même dans le cas de soulte ; mais que cette prédominance n'effaçait pas la réalité d'une cession de biens immobiliers jusqu'à concurrence du prix de la soulte.

3° Que l'existence d'un droit de préférence sans droit de suite n'était pas une chose inusitée dans le droit, puisque cette situation se produit dans tous les cas où le vendeur a négligé d'inscrire son privilége dans la quinzaine qui suit la transcription de l'acte contenant revente ; que le droit de surenchère qu'il refuse aux créanciers hypothécaires du copartageant auquel la soulte est due, se trouve efficacement remplacé par le droit qu'ont ces créanciers d'intervenir dans le partage pour la conservation de leurs droits.

4° Que les embarras que peut causer aux cohéritiers du créancier de la soulte le droit de préférence reconnu au créancier de ce dernier, ne sont pas tellement graves qu'ils puissent entrer en balance avec le sentiment de justice et d'équité qui milite en faveur de ce droit de préférence.

5° Enfin, qu'il n'y a aucune analogie à établir entre la résolution pure et simple des autres droits réels constitués par le cohéritier pendant l'indivision, tels qu'un droit d'usufruit ou d'usage, et la résolution d'un droit hypothécaire ; que le droit d'usufruit et d'usage, par le démembrement de propriété qu'il opère, se trouve nécessairement frappé de

Digitized by Google

nullité, au regard des copartageants dans le lot duquel l'immeuble grevé de ces droits est tombé ; que cette nullité ressort des principes généraux en matière d'aliénation de la chose d'autrui, et résulte par majorité de raison, des principes posés par les art. 1859, § 4, et 1860 du Code civil ; que les mêmes raisons n'existent pas, du moins par rapport à la thèse qui est en discussion, à l'égard de l'hypothèque qui n'est qu'un droit accessoire à une obligation préexistante.

Séance du mercredi 7 janvier 1852.

Présidence de M. Féral, vice-président.

Le secrétaire perpétuel présente à l'Académie, de la part de M. Æmédïo Cæsarini, avocat à Rome, diverses publications de ce jurisconsulte sur le droit commercial, écrites en langue italienne, et de la part de M. de Nypels, professeur à l'Université de Liège (Belgique), un exemplaire d'un rapport fait par ce professeur au nom d'une Commission instituée par le gouvernement belge pour préparer des réformes sur certaines parties du Code d'instruction criminelle.

M. le président désigne M. Molinier pour faire un rapport à l'Académie sur ces divers travaux.

M. Cassagne, appelé par l'ordre du travail, communique à l'Académie une dissertation *sur les effets généraux de l'autorité de la chose jugée.* L'auteur fait ensuite une application particulière de ces principes au cas spécial où un défendeur qui, n'ayant pas contesté l'existence de la créance, mais ayant allégué qu'il avait payé, qu'une quittance a été souscrite en sa faveur, et ayant été condamné par un jugement passé en force de chose jugée, a retrouvé plus tard la quittance. M. Cassagne se demande si ce défendeur, qui a été condamné à payer, peut, à la faveur de la pièce décisive qu'il a découverte, se refuser à exécuter la sentence, ou si, l'ayant exécutée, il peut intenter une action en restitution pour payement d'une somme non due.

L'auteur, après avoir analysé les textes du droit romain et les documents de l'ancien droit, constate que, d'après la doctrine et la jurisprudence actuellement reçues, si le payement n'a pas été allégué lors du jugement, la découverte ultérieure de la quittance neutralise la décision.

Cette solution repose sur trois motifs principaux :

1° L'équité ; car un débiteur ne peut être tenu de payer deux fois ;

2° La condamnation à payer une somme s'entend toujours d'un payement en argent ou en quittances ;

3° Le payement en quittances, loin d'infirmer l'autorité de la chose jugée, ne fait que lui rendre hommage, puisqu'il établit l'exécution anticipée du jugement.

Digitized by Google

Les mêmes motifs existent selon lui dans le cas où, lors du jugement, le défendeur a allégué un payement qui a été déclaré ne pas exister. Il est vrai qu'on objecte que, dans ce second cas, il y a eu chose jugée sur l'exception comme sur l'action. Mais au fond, d'après M. Cassagne, il n'y a qu'une seule chose jugée : c'est qu'une somme est due; l'exception ne peut pas être séparée de l'action. Dans la langue exacte du droit, il n'y a même pas d'*exception*, l'exception n'étant, selon les principes du droit romain, qu'un moyen basé sur l'équité introduit par le préteur pour abriter les défendeurs contre des condamnations iniques (Gaïus, IV, 116 et suiv.), tandis que le moyen pris du payement constitue une véritable défense consacrée par le droit civil. Il ajoute que, d'après l'intention du juge, le jugement de condamnation est toujours subordonné à la condition que le défendeur condamné n'aura pas déjà payé; condition qui, pour être tacite, n'en est pas moins *énergique*. Enfin il établit que la partie condamnée, si elle a exécuté déjà le jugement par un premier payement, aura le droit, après un second payement, de demander par la *condictio indebiti* la restitution de la somme indûment payée, conformément aux dispositions générales des art. 1376 et 1377 du Code civil. Il est donc beaucoup plus simple d'autoriser le défendeur à ne pas payer une seconde fois, que d'admettre plus tard en sa faveur la répétition de l'indû.

Une discussion s'engage à la suite de cette lecture.

Quelques membres attaquent principalement la solution adoptée par M. Cassagne dans l'espèce où le payement allégué par le défendeur a été repoussé par le juge. Ils disent que l'autorité de la chose jugée embrasse à la fois et l'action qui a été déclarée légitime et le moyen de défense qui a été, au contraire, déclaré mal fondé; que ces deux choses parfaitement distinctes ont fait l'*objet* du jugement dans le sens de l'art. 1351 du Code civ.; que la distinction entre les exceptions proprement dites et les défenses ne saurait être d'aucun poids, les lois modernes ayant confondu ces diverses choses dans un langage commun; que dans l'espèce, l'art. 480, § 10 du Code de proc. civ., vient prêter main-forte à l'autorité de la chose jugée, ce texte incontestablement limitatif n'autorisant la requête civile que lorsqu'il a été découvert des pièces décisives et *qui auraient été retenues par le fait de la partie;* que la loi ne se contente pas, pour rescinder la chose jugée, de la découverte ultérieure des pièces décisives; qu'elle exige, en outre, que ces pièces aient été retenues par le fait de la partie; que si le § 2 de l'art. 2057 du Code civ. n'exige, pour la rescision d'une transaction portant sur un objet déterminé, que la découverte de pièces démontrant que l'une des parties n'avait aucun droit, sa rédaction ne fait que rendre plus significative celle du § 1er du même article, qui, pour la rescision de la

Digitized by Google

transaction générale, exige que les pièces découvertes aient été retenues par le fait de la partie, et rendre aussi plus manifeste l'intention qui a également présidé à la rédaction analogue du § 10 de l'art. 480 du Code de proc. déjà cité, qui n'est d'ailleurs lui-même que la reproduction de la règle posée par l'art. 34 du titre XXXV de l'ordonnance de 1667.

Ils font remarquer que ce respect du législateur pour l'autorité de la chose jugée en matière civile s'harmonise avec le respect qu'il a professé pour l'autorité de la chose jugée en matière criminelle, comme en témoignent les art. 443 et suiv. du Code d'instr. crim. sur les *demandes en révision*. Quelques membres ajoutent que l'argument pris d'une condition *tacite* insérée dans le jugement de condamnation n'est compatible ni avec l'esprit de notre procédure, ni avec la formule ordinaire des jugements prononçant une condamnation en payement d'une somme d'argent; que le langage des praticiens qui déclarent les payements en quittances équivalant à un payement en argent, n'est pas exact, la quittance n'étant en réalité que la *preuve* du payement et non un payement; enfin, d'autres membres ont dit que l'objection prise de la *condictio indebiti* n'était pas mieux fondée, le premier payement, c'est-à-dire celui qui est antérieur au jugement, étant déclaré *inexistant* par le jugement lui-même; il n'y a donc légalement et juridiquement, en vertu de l'omnipotence de la fiction de la chose jugée : « *Res judicata pro veritate habetur* », qu'un seul et unique jugement qui, venant en exécution du jugement, ne saurait donner lieu à une restitution; que les raisons d'équité alléguées dans l'espèce ne sont d'aucune valeur, car l'autorité de la chose jugée repose sur des motifs d'ordre public; or, l'effet des lois basées sur l'ordre public est fort souvent de blesser les règles de l'équité.

D'autres membres inclinent à étendre cette solution, même au cas où le payement n'a pas été allégué lors du jugement, ce jugement ayant reconnu constant un rapport juridique de créancier à débiteur, un *vinculum juris*. Ce rapport ou ce lien ne peuvent être détruits que par un payement *en espèces;* les contestations que la découverte de la quittance doit faire surgir venant d'ailleurs directement en opposition avec les causes qui ont fait admettre l'autorité de la chose, ces causes étant la nécessité de prévenir à tout prix, dans l'intérêt de la paix publique, la multiplicité des procès, *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inextricabilem faciat difficultatem* (Loi 6, *De exceptione rei judicatæ*). Cette doctrine absolue mérite d'autant plus d'être accueillie, qu'elle n'est que l'application des principes généraux posés dans les lois 35, au Digeste, *De exceptione rei judicatæ*, et 4, au Code, *De re judicatâ*, textes que M. Cassagne a lui-même cités dans sa dis-

Digitized by Google

sertation : « *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari grave est.* »

Les diverses propositions de la thèse, développées par M. Cassagne, ont été soutenues par quelques membres, qui ont reproduit sous un nouveau jour les divers arguments exposés dans la dissertation.

Séance du mercredi 21 *janvier* 1852.

Présidence de M. Mazoyer, doyen d'âge des membres présents.

M. Molinier communique à l'Académie la première partie d'un mémoire portant pour titre : *De la jurisprudence de la Cour de cassation sur les clauses compromissoires.*

L'Académie invite M. Molinier à lui donner communication de la seconde partie de ce mémoire dans sa prochaine séance, et, pour ne pas scinder la discussion qui s'ouvrira sur ce travail, renvoie cette discussion à la même séance.

M. Caze donne lecture d'un rapport écrit sur un mémoire adressé à l'Académie par M. Troplong, intitulé : *De la propriété, d'après le Code civil.*

Le rapporteur caractérise d'abord les diverses attaques auxquelles le droit de propriété a été en butte de nos jours, attaques qui, sous des formes et sous des noms différents, ne sont que la reproduction ou la contrefaçon de systèmes purement spéculatifs de certains philosophes, ou d'idées de réforme qu'ont enfantées périodiquement, dans le cours des âges, tantôt des aspirations généreuses, tantôt les passions ardentes de secte ou de parti.

Puis M. Caze rend hommage aux publicistes et aux écrivains qui, acceptant courageusement le défi jeté à la société moderne par les apôtres du socialisme, sont venus prêter main-forte aux saines doctrines si vivement et si témérairement combattues; il constate que M. Troplong, membre de l'Institut, a conquis un rang des plus honorables parmi les défenseurs des grands principes sociaux; et, passant à l'examen de son mémoire intitulé : *Du droit de propriété, d'après le Code civil*, mémoire qu'il apprécie successivement dans la forme et dans le fond, il donne son entière adhésion aux divers raisonnements et aux conclusions de l'auteur, qui place les plus sûrs fondements du droit de propriété dans la loi du travail considéré comme la seule source du bien-être matériel et moral; qui montre le droit de propriété se reliant par un lien nécessaire et indestructible à la liberté naturelle de l'homme, au jeu de ses facultés, à ses plus nobles instincts; qui, après avoir analysé dans un tableau rapide et animé les vicissitudes que le droit de propriété a éprou-

Digitized by Google

vées, à travers le monde indo-oriental, les peuples les plus florissants de la Grèce, l'empire romain et les diverses périodes de l'histoire et de la civilisation moderne, aboutit à cette dernière conséquence résumant l'esprit tout entier du *mémoire*, que le droit de propriété, tel qu'il a été constitué et organisé par le Code civil, affranchi désormais des altérations et des entraves que lui avait fait subir le régime féodal, est une institution essentiellement équitable, essentiellement morale et chrétienne, en pleine harmonie avec l'esprit démocratique de notre époque.

M. Albert fait ensuite un rapport verbal au nom de la Commission chargée du travail préparatoire et d'ensemble sur les nominations de membres honoraires et de membres correspondants. Après avoir rappelé les divers textes des statuts qui sont relatifs à ces nominations, il énumère les divers titres des jurisconsultes étrangers et français qui se trouvent placés dans les conditions prescrites par ces statuts, et propose à l'Académie de conférer le titre de membre honoraire à M. Troplong, premier président de la Cour d'appel de Paris, et le titre de membre correspondant à MM.

Boileux, juge au tribunal de première instance de Blois;
De Cardenas (Francisco), jurisconsulte à Madrid;
Cæsarini (Æmidio), avocat à Rome;
Cousturier, vice-président du tribunal de Tongres (Belgique);
Destrem, juge au tribunal de la Seine;
Feraud-Giraud, juge au tribunal civil d'Aix, en Provence;
Grellet-Dumazeau, conseiller à la Cour d'appel de Riom;
Kœnigswarter, membre correspondant de l'Institut, à Paris;
Laferrière, inspecteur général honoraire de l'ordre du droit, recteur de l'Académie à Versailles;
Marcadé, avocat à la Cour d'appel de Paris;
Mittermaïer, professeur à Heidelberg (grand-duché de Bade);
De Nypels, professeur à l'Université de Liège (Belgique);
Pont, juge au tribunal civil de Châteaudun (Eure-et-Loir);
Valette, professeur de Code civil à la Faculté de droit de Paris.

La Commission a jugé convenable de proposer à l'Académie la liste de nomination des membres correspondants, dressée par ordre alphabétique, afin de n'engager aucune question de mérite relatif entre les noms honorables qui figurent sur cette liste. Enfin le rapporteur exprime le regret que la Commission éprouve, en présence du texte de l'art. 5 des statuts, de ne pouvoir proposer à l'Académie la nomination en qualité de correspondant de M. Vaïsse, ancien magistrat, domicilié à Toulouse.

L'Académie, après avoir adopté la proposition faite par sa Commission de classer les correspondants qui seront élus dans l'ordre alphabétique,

Digitized by Google

et s'être associée aux regrets qu'elle exprime en ce qui concerne M. Vaïsse, délibère par voie de scrutin secret, conformément aux statuts, sur chacune des présentations qui viennent de lui être faites par sa Commission.

Le résultat de ces scrutins individuels est affirmatif. En conséquence, l'Académie a conféré le titre de membre honoraire à M. le premier président Troplong, et le titre de membre correspondant à chacun des quatorze jurisconsultes français ou étrangers inscrits sur la liste alphabétique qui précède.

P. S. Nous apprenons que M. le ministre de l'instruction publique et des cultes, voulant témoigner de l'intérêt qui s'attache aux travaux de l'*Académie de législation* de Toulouse, vient de lui allouer, sur les fonds du budget de 1852, une somme de 300 francs.

Digitized by Google

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

De la procédure criminelle anglaise, écossaise et de l'Amérique du Nord, dans ses rapports avec l'état social et politique, par M. MITTERMAÏER, professeur à Heidelberg (Erlangen, 1852).

Infatigable dans ses recherches pour découvrir l'origine de la procédure criminelle anglaise et pour en donner une image exacte, l'auteur, à la suite de deux voyages dans la Grande-Bretagne, donne le résultat de ces recherches. S'étant occupé aussi de la procédure nord-américaine (nous employons cette expression à son exemple, comme plus précise et plus significative), il a compris dans son tableau l'esquisse de cette procédure telle qu'elle s'est formée chez cette fille de la Grande-Bretagne, qu'on appellera bientôt la fille de l'Europe.

Pour donner une idée précise du plan de l'auteur, nous commencerons par traduire sa préface; elle est à la fois le résumé de ses opinions comme historien, comme philosophe politique et comme savant.

La justice et l'efficacité de l'instruction criminelle, dit M. Mittermaïer, exigent une procédure qui repose sur le principe du procédé accusatorial. (On sait que les Allemands appellent ainsi l'instruction criminelle, qui prend son origine dans l'accusation portée par la partie lésée ou par l'Etat, et qui la suit et la pousse jusqu'au jugement.) Elle repose, en second lieu, sur le procédé *oral;* en troisième lieu, sur la publicité et sur le jury, sur la célérité de l'instruction et sur l'indépendance des juges. Joignez à ces éléments une organisation et une indépendance hiérarchique des tribunaux, qui garantit l'uniformité de la procédure et des décisions, et vous aurez les causes de ce remarquable phénomène, qu'on appelle l'instruction criminelle anglaise.

L'histoire des législations criminelles nous rend attentifs à deux formes principales. La première présente un tribunal central, par lequel la justice est dirigée dans tout le pays comme par une force unique; elle suppose une participation active de tout le peuple à la poursuite de la punition des crimes, poursuite qui applique déjà dans l'information préalable le procédé oral et le principe accusatorial. Dans l'instruction

Digitized by Google

définitive, elle admet exclusivement le procédé oral et le principe accusatorial, de manière que le juge président, qui n'interroge pas les accusés ni les témoins, ne fait que diriger la procédure, et que les jurés, auxquels il ne fait pas de question, jugent d'après des règles *positives* sur les preuves, et après avoir reçu une instruction détaillée de la part du président.

La seconde forme repose sur une organisation judiciaire sortie comme d'une souche unique, et qui s'est développée comme d'elle-même et par sa propre force; elle repose sur la coopération d'une foule d'employés, et principalement sur l'activité d'un procureur de l'Etat, pourvu de moyens considérables pour la découverte de la vérité, en employant une information préparatoire inquisitoriale et secrète, dont les éléments sont utilisés jusque dans l'examen principal et définitif. D'après sa nature, elle demande la participation active du président des assises, devant lesquelles l'examen se fait à la suite d'une accusation admise par une autre Cour. Les questions principales se décident sans que les jurés soient liés à des règles de preuves positives; elles se décident d'après ce qu'on appelle *l'intime conviction.*

La première de ces formes, qui s'accordait principalement avec celle du droit romain, est la forme suivie par les tribunaux écossais, anglais et de l'Amérique; la seconde est la base du système français et du système allemand actuel.

L'étude du droit anglais, du droit écossais et de celui de l'Amérique du Nord, a de grandes difficultés.

Dans les ouvrages scientifiques et dans les ouvrages pratiques de ces pays, on cherche vainement un exposé des principes fondamentaux et des règles de détail, parce que les auteurs les présupposent connues et comme vivant dans le peuple; ils négligent de les énoncer.

On ne peut acquérir une connaissance approfondie de la procédure criminelle anglaise que par l'étude du détail de cette procédure, et de la manière dont les principes qui, dans la conscience du peuple procèdent de ce détail, sont appliqués dans la vie judiciaire. C'est seulement par l'usage des tribunaux et par la manière dont, dès les plus anciens temps, les principes fondamentaux ont été appliqués dans les tribunaux, c'est par l'énonciation de ces principes dans les exposés officiels ou résumés des présidents des assises et par l'étude des motifs des jugements, c'est enfin en se rendant familière l'expérience des avocats et des juges qui ont longtemps pratiqué dans les tribunaux, que l'on peut avoir acquis

Digitized by Google

cette connaissance intime de la matière que nous regardons comme la véritable. Sans exagération, on peut dire que, vu ainsi, le droit de procédure criminel anglais, s'il pouvait être introduit avec les mœurs et le caractère libre de ce peuple, réaliserait les vœux des amis de l'humanité, et donnerait cette garantie qu'elle donne maintenant aux Anglais, qu'aucun accusé n'est condamné sans avoir été pleinement défendu.

RAUTER,
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Strasbourg.

— Nous nous bornerons aujourd'hui à la simple annonce de plusieurs ouvrages, dont nous rendrons compte prochainement :

Répertoire général et raisonné du droit criminel, où sont méthodiquement exposées la législation, la doctrine et la jurisprudence sur tout ce qui concerne le grand et le petit criminel, en toutes matières et dans toutes les juridictions, par M. ACHILLE MORIN, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. 2 vol. grand in-8, prix, 20 fr.

Le Barreau romain. — Recherches et études sur le barreau de Rome, depuis son origine jusqu'à Justinien, et particulièrement au temps de Cicéron. — 1851. Un volume in-8, prix, 8 fr.

Traité d'économie sociale, ou l'économie politique coordonnée au point de vue du progrès, par M. OTT, docteur en droit. — Un fort vol. in-8, prix, 8 fr.

Digitized by Google

PUBLICATION NOUVELLE
Chez AUG. DURAND, libraire, rue des Grès-Sorbonne, 5.

DES

LETTRES DE CHANGE

ET

DES EFFETS DE COMMERCE

OUVRAGE CONTENANT :

1° Un Traité ; — 2° la Jurisprudence ; — 3° l'Opinion des auteurs ; 4° les Législations française et étrangères comparées.

PAR LOUIS NOUGUIER,

Avocat à la Cour d'appel de Paris,

Auteur du Traité sur les *Tribunaux de commerce, les commerçants et les actes de commerce.*

DEUXIÈME ÉDITION,

ENTIÈREMENT REFONDUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE.

2 FORTS VOL. IN-8°.

PRIX : 15 FR.

Les transactions commerciales donnent naissance à de nombreux et difficiles procès. Plus que tout autre contrat, le contrat de change soulève de graves litiges. — C'est surtout dans des matières aussi ardues, que les traités spéciaux présentent un caractère d'incontestable utilité. — Et pourtant, la convention de change était dès longtemps tombée dans l'oubli des jurisconsultes : aucun ouvrage sérieux et récent n'avait suivi les modifications apportées par la jurisprudence aux principes substantiels, et mis en relief les dispositions nouvelles nécessitées par de nouveaux besoins.

M. Louis Nouguier a compris cette lacune : il a consacré huit années d'un travail assidu à étudier les principes qui dominent les lettres de change et la famille des effets de commerce. Cette branche du droit, qui s'adresse à tous les intérêts, l'auteur a cru devoir l'envisager sous toutes ses faces, la suivre dans tous ses rapports. — Son livre, traduit en Italie, contrefait en Belgique, cité dans tous les recueils d'arrêts et devant tous les tribunaux, est devenu classique et a sa place nécessairement marquée dans toute bibliothèque de droit.

Il suffit, pour constater l'éclatant succès qui a accueilli son ou-

Digitized by Google

vrage dès son apparition, de faire connaître les imposants suffrages qui l'ont recommandé à l'attention des commerçants et des jurisconsultes.

Toutefois, il importe de signaler les améliorations considérables apportées par M. Nouguier à la première édition de son traité. — 1° Dans l'édition que nous publions, il place un sommaire en tête de chaque chapitre. — Il résume, dans une table analytique, faite avec le plus grand soin, toutes les matières examinées dans les deux volumes. — 3° Dans une introduction rapide, il discute le système de la nouvelle loi allemande, qui répudie tous les grands principes de notre Code de commerce. — 4° Il se livre à un examen critique de toutes les législations, qu'il rapproche, et dont il fait ressortir ou les mérites ou les défauts. — 5° Enfin il a si réellement augmenté son œuvre, qu'il résout 479 questions et cite 1,100 arrêts, au lieu de 350 questions et de 800 arrêts que contenait seulement la première édition.

La publication que nous faisons est donc destinée à accroître le succès déjà si grand obtenu, il y a quelques années, par le *Traité sur les lettres de change et effets de commerce.*

1° LETTRE DE M. LE MINISTRE DE LA JUSTICE.

« J'ai l'honneur de vous informer que j'ai arrêté qu'il serait souscrit, pour le compte du ministère de la justice, à votre Traité *sur les lettres de change et effets de commerce.*

« Je profite avec empressement de cette circonstance, pour vous adresser de sincères félicitations sur le mérite d'un ouvrage qui traite avec talent une des matières les plus difficiles et les plus importantes de notre législation commerciale; mais ce que j'aime surtout à louer dans un homme de votre âge, c'est l'abnégation courageuse et patiente avec laquelle vous avez abordé et soutenu des travaux dont la longueur et la difficulté auraient bientôt découragé un esprit moins dévoué que le vôtre aux études sérieuses. Un grand profit intellectuel pour vous et pour ceux qui s'occupent de la matière me paraît le résultat assuré de ces travaux, auxquels je m'empresse d'applaudir. »

2° LETTRES DE M. LE MINISTRE DU COMMERCE.

PREMIÈRE LETTRE.

« Je me suis occupé avec intérêt de l'ouvrage sur les *lettres de change et les effets de commerce* que vous m'avez fait l'honneur de m'adresser. Je me plais à vous témoigner mon approbation pour le choix de la matière qui est l'objet de votre travail, pour la forme et le plan que vous avez adoptés, et surtout pour la clarté que vous avez répandue sur cette étude difficile et importante. Vous pouvez compter sur mon empressement à seconder le succès que je crois réservé à cette utile publication, dont je prendrai plusieurs exemplaires. »

DEUXIÈME LETTRE.

« J'ai beaucoup agréé le Traité *sur la lettre de change* que vous avez bien voulu me faire connaître. Je joins avec empressement mon suffrage à ceux que votre ouvrage a déjà obtenus, et, appréciant son utilité, je désire l'adresser moi-même aux Chambres de commerce du royaume. Je vous prie, monsieur, de charger votre libraire de *m'en faire tenir pour cet effet* QUARANTE-CINQ EXEMPLAIRES. »

Digitized by Google

3° DÉLIBÉRATION DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS.

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE A M. NOUGUIER.

« Monsieur, depuis longtemps j'ai mis sous les yeux du tribunal l'exemplaire de votre Traité *sur les lettres de change et les effets de commerce*, dont vous lui avez fait hommage.

« En raison du mérite studieux qui caractérise votre famille, et qui vous distingue personnellement, monsieur, et par la nature de la matière que vous avez traitée, le tribunal a reçu votre hommage en considération.

« Pour vous en donner un témoignage, monsieur, le tribunal, avant de répondre à votre lettre, a invité plusieurs de ses membres à se livrer à l'examen de votre ouvrage, et, sur le rapport de ces examinateurs aussi consciencieux qu'éclairés, je suis chargé de vous faire de sincères félicitations sur le mérite de vos recherches, dont l'utilité est incontestable pour le commerce en général, et notamment pour ceux qui sont appelés à connaître des contestations qui peuvent s'élever sur les contrats de change et effets de commerce.

« Ce qui distingue particulièrement votre Traité, ce sont les rapprochements que vous avez laborieusement recherchés et consignés, sur la jurisprudence et la législation relatives des nations étrangères sur ces sortes de contrats.

« La lecture que j'ai faite moi-même de votre Traité me permet de joindre mon témoignage de satisfaction à celui que j'ai l'avantage de vous transmettre au nom du tribunal, et de vous exprimer le désir et l'espoir que bientôt vous trouverez la juste récompense de vos travaux par l'approbation d'un grand nombre de jurisconsultes et de magistrats, qui en reconnaîtront et en proclameront l'utilité.

Le tribunal a déjà fait prendre deux exemplaires de votre Traité pour sa bibliothèque, et plusieurs de MM. les juges se proposent de vous adresser directement leur souscription.

« Recevez, je vous prie, monsieur, l'assurance de ma sincère considération.

« PEPIN-LEHALLEUR. »

4° DÉLIBÉRATION DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE PARIS.

« Nous apprécions, comme il le mérite, l'hommage que vous avez bien voulu nous faire de votre intéressant ouvrage sur *les lettres de change*. — Ce livre, qui sera si utile au commerce, prendra dignement sa place dans notre bibliothèque, et nous nous estimerons très-heureux de pouvoir joindre nos suffrages aux honorables et puissants encouragements qui l'ont déjà accueilli.

« FR. COTTIER, *président*. »

5° OPINION DE M. MÉRILHOU, ANCIEN MINISTRE DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DE LA JUSTICE, CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION.

« A voir tous ces documents précieux et nouveaux dont l'ouvrage étincelle, toutes ces données historiques qui lui impriment un caractère saisissant d'intérêt, tous ces textes anciens qui viennent appuyer les principes et les déductions de l'auteur, on s'étonne moins du temps qu'il a fallu pour produire de pareils résultats.

« Le *premier volume*, consacré tout entier à la doctrine personnelle du jurisconsulte, est écrit avec une grande vigueur de style et une grande clarté. Les divisions et la classification des matières annoncent au plus haut degré la connaissance et la pratique de la législation. . . . . Cette méthode est de la plus grande utilité et assigne au système de l'ouvrage un caractère de netteté et de nouveauté qui lui donneront bientôt la popularité qu'il mérite.

« Le *deuxième volume* renferme tous les textes nationaux et étrangers. — C'est ici surtout que l'importance et les avantages du Traité se révèlent. Mettre ainsi en présence toutes les législations étrangères, est une pensée qui sera féconde en résultats. — C'est une riche moisson offerte, non-seulement à l'homme pratique, mais encore au théoricien et au législateur.

Digitized by Google

« . . . . . L'ouvrage de M. Louis Nouguier est le fruit de longs et pénibles travaux; il est le résultat d'une profonde étude de la matière. Aussi il résume tout, prévoit tout, et il est impossible que le commerce n'y trouve pas la solution des difficultés qui l'inquiètent et l'entravent si souvent, etc., etc. » (*Extrait de la Gazette des Tribunaux.*)

6° OPINION DE **M. PAILLET**, ANCIEN BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS DE PARIS, REPRÉSENTANT DU PEUPLE.

« C'est, il faut en convenir, un grand argument en faveur des traités spéciaux, que de voir, comme dans celui-ci, un auteur se passionner pour un sujet unique, l'envisager sous toutes ses faces, en scruter toutes les profondeurs et en aborder de front toutes les difficultés :

Nil actum reputans, si quid superesset agendum.

« Oui, M. Nouguier a le droit de se présenter avec assurance devant le public qui, comme il le dit, « sait bon gré des efforts que l'on fait pour lui être utile »; de lui offrir avec confiance le tribut de ses travaux consciencieux, et d'espérer qu'il ne les confondra pas avec ces innombrables productions improvisées en quelque sorte, entassées et oubliées dans les magasins des libraires. — C'est surtout dans les suffrages de la magistrature, du barreau et du commerce, que M. Nouguier trouvera la récompense due à ses veilles laborieuses, et nous sommes convaincu qu'en leur adressant son ouvrage, il n'a pas à craindre le *protêt faute d'acceptation*, moins encore *le compte de retour.* » (*Extrait du Droit.*)

7° EXTRAIT DE LA **REVUE ÉTRANGÈRE** ET FRANÇAISE DE LÉGISLATION, DIRIGÉE PAR M. **FŒLIX**, AVOCAT.

« Parmi les traités spéciaux qui ont paru dans les dernières années, sur des matières du droit français, le livre de M. Nouguier occupe un rang distingué. Ce n'est pas une de ces publications faites *currente calamo*, qui n'ont d'autre mérite que d'offrir un résumé des doctrines adoptées par d'autres écrivains récents, et les derniers arrêts rendus sur la matière. L'ouvrage de M. Nouguier porte en lui la preuve que l'auteur a suivi le précepte *Nonum prematur in annum*; il s'est livré à des recherches et à des méditations profondes, etc. »

8° OPINION DE M. **FERD. BARROT**, ANCIEN MINISTRE DE L'INTÉRIEUR, AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS.

« Les questions philosophiques et historiques, que nous venons d'indiquer, sont traitées avec une suffisante étendue dans les chapitres qui servent d'introduction à l'ouvrage de M. Louis Nouguier. On peut juger, à la lecture de ces chapitres, de l'esprit qui présidera aux suivants. L'auteur a voulu faire un livre utile, complet, dont la doctrine bien exposée fût mise à la portée de tous. Le commerçant y trouvera un véritable manuel de la lettre de change, du billet à ordre et des effets de commerce en général. A côté du texte de la loi se présente un commentaire réfléchi qui jette la lumière sur les questions que les incertitudes de la pratique et les équivoques de la jurisprudence avaient tendu à obscurcir. Rien n'est laissé en arrière, tous les doutes sont soulevés, tous sont, autant qu'il est possible, résolus.

« M. Nouguier ne se contente pas de donner de ces raisons de textes et d'arrêts qui surchargent trop souvent nos discussions de palais; il cherche et trouve les raisons de bon sens, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi. Aussi son livre s'adresse-t-il aussi bien à ceux qui veulent *savoir*...— Confiné pendant huit ans dans cette matière de la lettre de change, M. Nouguier en a exploré tous les recoins, il s'est pénétré de tous les principes, les a étudiés un à un, les suivant avec une infatigable persistance dans leurs conséquences les plus reculées...— Le style de l'auteur est parfaitement approprié à sa méthode. Il semble s'être appliqué à reproduire la manière des anciens, qui s'attachaient à tous les détails, suivaient avec religion jusqu'aux traces les plus affaiblies d'une doctrine, et imprégnaient de naïveté les discussions les plus

Digitized by Google

élevées. On s'étonne, en les lisant avec attention, de ce merveilleux bon sens avec lequel ils donnent la raison de chaque chose. On se demande, de prime abord, à quoi bon tout ce soin; puis, à mesure que l'idée pénètre, se développe dans ses ressources, dans chacune de ses appartenances, on reconnaît que c'est la manière la plus complète et la plus utile d'enseigner et d'apprendre. En plus d'un endroit du livre de M. Nouguier on retrouve ce caractère de style qu'il doit sans doute à ses longues études sur les œuvres de ses devanciers des siècles derniers.

« Il y a un éloge par lequel nous voulons terminer. Le Traité de M. Nouguier ne s'adresse pas seulement à la pratique journalière, ne satisfait pas seulement au besoin du présent. L'ouvrage se divise en deux parties très-distinctes. La première contient les règles actuelles, les doctrines mises en lumière par la jurisprudence et les auteurs: voilà pour le présent. La seconde partie contient un aperçu très-complet de la législation ancienne et des diverses législations chez toutes les nations du monde civilisé: ce livre est fait pour l'avenir. Là, le législateur, lorsque les discussions du régime constitutionnel lui en laisseront le temps, trouvera une conférence facile entre les dispositions de notre loi et celles des lois étrangères. Il pourra étudier les usages depuis Stockholm jusqu'à Constantinople, et, en parcourant toutes ces législations si variées, il rencontrera plus d'une idée d'amélioration et de progrès. Sous ce rapport, l'ouvrage de M. Nouguier est non-seulement un livre utile et curieux à consulter, c'est encore un service rendu à notre législation commerciale, qui appelle tant de réformes. » (*Extrait du Siècle.*)

9° OPINION DE M. M. VICTOR FOUCHER, CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION.

« La méthode de M. Nouguier est simple : il commence par exposer les principes qui commandent chaque disposition de la loi, les suit dans toutes leurs ramifications, rejette dans un appendice à la suite de chaque chapitre le monument de la jurisprudence et la citation des auteurs, dont cependant il examine et discute les opinions dans le cours de son commentaire. Son style est clair, sa pensée fortement tracée, bien qu'on puisse lui reprocher un trop fréquent usage de la phrase exclamative et interrogative, réminiscence de l'habile plaidoirie du matin.

« La législation internationale, qui forme la plus grande partie du deuxième volume, était le complément nécessaire de son Traité *de la lettre de change*, car ce sont des dispositions auxquelles chaque négociant est forcé d'avoir journellement recours, selon le lieu sur lequel l'effet de commerce est tiré et le domicile des tiers qui ont concouru à sa confection ou à sa négociation, afin de s'assurer de ses droits, de la forme à donner à son action, des formalités à remplir, etc., etc.: ces textes doivent être également consultés par le jurisconsulte ou le magistrat appelé à examiner les questions qui lui sont soumises; souvent il trouvera une règle de décision, toujours des éléments précieux.

« .....

Quoi qu'il en soit, la lettre de change existe, *infatigable voyageuse*, selon l'heureuse expression d'un honorable magistrat; elle se trouve dans toutes les opérations et sur toutes les places du monde commerçant. Aussi, avoir consacré huit ans de travail à rechercher, examiner, développer les principes qui la régissent, les diverses formes qu'elle emprunte, les conditions de son existence légale, les caractères qui la distinguent des autres effets de commerce, les conséquences qu'elle entraîne, les voies à prendre en tous lieux pour en poursuivre la réalisation; s'armer, pour décider toutes les questions qu'engendre cette riche matière, des éléments de décision que fournissent non-seulement la législation française, mais encore la législation étrangères; non-seulement l'opinion des docteurs et des jurisconsultes anciens et modernes, mais aussi les arrêts des Cours, c'est avoir fait une œuvre utile pour tous; ajoutons qu'avoir accompli une tâche aussi lourde avec la patiente érudition et la rectitude de jugement de M. Nouguier, c'est avoir publié un excellent manuel pour les négociants et les magistrats consulaires. » (*Extrait du Journal des Débats.*)

Digitized by Google

10e OPINION DE M. G. LOISEAU, PROCUREUR GÉNÉRAL A BESANÇON.

« Nous venons aujourd'hui consacrer quelques lignes à un livre déjà connu et apprécié du public, et qui, même privé de l'attrait de la nouveauté, conserverait encore des titres assez sérieux pour être signalé à tous ceux qu'intéressent de près ou de loin les progrès de notre législation commerciale.

«..... En résumé, le *Traité des lettres de change* méritait à M. Nouguier les honorables suffrages qu'il a obtenus, et lui assure une place au nombre des jurisconsultes dont les travaux satisfont aux besoins du présent, en préparant les réformes de l'avenir, et sont toujours lus avec intérêt et consultés avec fruit. »

OUVRAGE DU MÊME AUTEUR.

DES TRIBUNAUX DE COMMERCE, DES COMMERÇANTS ET DES ACTES DE COMMERCE

OUVRAGE CONTENANT

1° L'organisation ancienne et actuelle des tribunaux de commerce et les réformes qu'elle nécessite;
2° Un traité complet des droits et devoirs des commerçants;
3° Les règles diverses concernant les actes de commerce;
4° La compétence des tribunaux consulaires sur toutes les matières du droit;
5° La procédure suivie devant eux;
6° L'indication de tous les arrêts et de l'opinion des auteurs;
7° Un formulaire général des actes du ressort des tribunaux de commerce;
8° Le texte de la législation, lois, décrets, ordonnances, avis du Conseil d'État, arrêtés ministériels;
9° La table des noms des auteurs et des ouvrages que l'on peut consulter sur ces différents sujets.

PAR LOUIS NOUGUIER.

3 vol. in-8°. — Prix, 22 fr. 50. Chez M. COSSE, libraire, place Dauphine, 27.

NOTA. MM. DE VATIMESNIL, FLANDIN, PAILLET, avocats, représentants du peuple; MERILHOU, RENOUARD, conseillers à la Cour de cassation, ont également reconnu la haute utilité de cet ouvrage, qu'ils ont recommandé à l'attention des commerçants, des magistrats, avocats, agréés et juges aux tribunaux de commerce.

Imprimerie de HENNUYER, rue Lemercier, 24. Batignolles.

Digitized by Google

DES LETTRES DE CHANGE

ET

DES EFFETS DE COMMERCE,

PAR

M. LOUIS NOUGUIER,
Avocat à la Cour d'appel de Paris.

BULLETIN DE SOUSCRIPTION (1).

Je soussigné

demeurant à

département de

déclare souscrire à un exemplaire du Traité des lettres de change, *deux volumes in-8°, pour la somme de* 15 *francs, franc de port, que je m'engage à payer sur le mandat de M. Auguste Durand, libraire, aussitôt après la réception de l'ouvrage.*

Signature très-lisible.

(1) NOTA. Remplir ce bulletin, le plier et le mettre à la poste sans affranchir.—On peut encore se procurer l'ouvrage en le demandant chez tous les libraires de la localité.

Digitized by Google

A Monsieur

A. DURAND, *libraire-éditeur,*

rue des Grès-Sorbonne, 5.

PARIS.

Digitized by Google

DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE.

(Suite [1].)

Les biens de la femme se trouvaient absorbés dans la masse commune de la propriété du mari, soit qu'elle eût déjà recueilli l'héritage paternel, soit que le père vivant eût disposé, en sa faveur, d'une part de sa fortune pour lui tenir lieu de l'héritage dont elle se trouvait exclue du moment où elle entrait dans une autre famille; car, chez les Romains, le droit de succession ne tenait pas au lien du sang, mais au lien de la *puissance*.

La femme obtenait en échange une portion dans l'hérédité du mari; on pouvait dire d'elle dès lors : *Non est propriè socia, sed speratur fore* [2]. C'est à ce privilége que se réduit, en dernière analyse, le droit de communauté dont parle Denys d'Halicarnasse, quand il retrace la nature de l'institution conjugale qu'il attribue à Romulus [3].

« Romulus ne donna aucune action au mari contre la femme, ni à la femme contre le mari; il ne régla rien quant à la restitution ou à la réception de la dot, et il se borna à porter une loi qui maintînt parmi les femmes la pudeur et les bonnes mœurs. La femme qui était passée sous la puissance du mari en observant certaines cérémonies religieuses, devait participer à tout son bien et aux sacrifices domestiques. Γυναῖκα γαμετὴν κατὰ νόμους ἱεροὺς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ, κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν... »

[1] Voyez plus haut, p. 5.
[2] Dumoulin.
[3] Liv. II, 59.

Digitized by Google

Denys d'Halicarnasse ne parle ici que du mariage accompli selon le rite religieux de l'Etrurie, du mariage sacré auquel les Romains donnèrent le nom de *confarreatio* [1], à cause de l'emploi du *far*, farine de pur froment, à laquelle devaient goûter les époux, symbole de leur future communauté d'existence. Il ajoute que le mariage ainsi contracté était indissoluble, ce qui portait les femmes à se plier à la volonté de leurs maris, et ceux-ci à traiter leurs femmes comme des compagnes nécessaires. L'épouse chaste et obéissante devenait la maîtresse de la maison, comme le mari en était le maître; elle en héritait comme si elle eût été sa fille.

En séparant ce que dit Denys d'Halicarnasse, touchant la permanence du lien conjugal, du rapport légal qu'il retrace, nous avons l'image fidèle des effets de la *manus*, toujours attachée au mariage religieux, accompli avec les solennités de la confarréation [2].

Les mêmes effets civils se trouvaient attachés à deux autres modes de *conventio in manum*, c'est-à-dire à la *coemptio* et à l'*usus* [3].

L'achat (*coemptio*) avait lieu au moyen de la formule ordinaire de la mancipation *per æs et libram* [4]. Boëce a conservé la description de cette cérémonie, dans son *Commentaire des Topiques* de Cicéron. Voici ses paroles :

[1] Φαῤῥάκα ἐπὶ τῆς κοινωνίας τοῦ φαῤῥός. Denys d'Halic., *loc. cit.*

[2] Gaïus, *Comm.*, § 112 : « Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii ; farreo fit, in quo farreus panis adhibetur : unde etiam confarreatio dicitur. »

[3] *Id.*, § 110 : « Olim itaque tribus modis in manum conveniebant : *usu*, *farreo*, *coemptione*. »

[4] *Id.*, § 113 : « Per mancipationem... per quamdam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, una cum muliere, *eoque*, cujusin manum convenit. »

Digitized by Google

« Coemptio certis solemnitatibus peragebatur : et sese in comeendo (d'autres lisent : *communicando*) invicem interrogabant : Vir ità; *an sibi mulier materfamilias esse vellet?* Illa respondebat : *Velle*. Item mulier interrogabat : *An vir sibi paterfamilias esse vellet?* Ille respondebat : *Velle*. Itaque mulier in viri conveniebat manum, et vocabantur hæ nuptiæ per coemptionem, et erat mulier materfamilias viro loco filiæ. »

Par la *coemptio*, le mariage quitte la région divine, il descend sur terre; en place du sacrifice religieux qui donne naissance à la communauté conjugale, dans la *confarreatio*, nous trouvons un acte civil, un contrat synallagmatique, qui repose sur le consentement des époux, exprimé au moyen d'une forme symbolique [1].

Ce contrat vient s'adjoindre au mariage; il ne constitue pas l'essence de l'union conjugale, des *justæ nuptiæ*, qui émanent de la simple expression de la volonté (consensus, nuda voluntas) des futurs époux. La *coemptio* engendre la *puissance ;* elle n'engendre pas le mariage qu'elle peut précéder, accompagner ou suivre, comme aussi elle peut être appliquée à d'autres desseins qu'à celui du mariage. Les jurisconsultes y ont trouvé le moyen d'éviter la tutelle perpétuelle des femmes (coemptio *fiduciæ causa* [2]), ou de procurer aux femmes la faculté de tester [3], ou enfin de les délivrer de la charge des sacrifices (*sacra privata* [4]).

[1] Gans, *Erbrecht*, t. II, deuxième partie, chap. III, p. 254.

[2] Gaïus, *Comm.*, I, § 114 : « Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; *quare*, aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciæ causa, etc. », et § 115.

[3] *Id.*, § 115 a.

[4] Voyez le travail de M. de Savigny, sur les *sacra privata* des Romains (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, II, 362), il rappelle les détails donnés par Cicéron, *De legib.*, II, 19, 20, 21.

Dans le passage du discours *pro Murena*, que nous avons cité plus haut,

Digitized by Google

Le mariage, protégé par la *manus* acquise au moyen de la *coemptio*, peut aussi être privé de cette *puissance* par la *remancipatio*, sans cesser de subsister; il se transforme alors en mariage *libre*, et les intérêts des époux sont nettement séparés [1]. Enfin, si le mariage est dissous, la *puissance* se continue à défaut de la *remancipation;* mais la femme a le droit de contraindre le mari à se dessaisir de cette sorte de domination posthume [2].

Dans cette seconde forme, admise pour l'attribution de la *puissance* maritale on voit déjà se dessiner la distinction essentielle entre le mariage et la *manus*, simple mode d'acquisition d'une autorité qui ne tenait pas à l'essence de l'union conjugale.

Cette distinction apparaît d'une manière plus saillante encore dans le troisième mode adopté pour la *conventio in manum*, dans l'*usus*. Les Institutes de Gaïus ne laissent

Cicéron se plaint des subtilités des jurisconsultes, qui réussissent à éluder les dispositions formelles de la loi. Entre autres reproches, il leur adresse celui-ci :

« Horum ingenio senes ad coemptiones faciendas, interimendorum sacrorum causa reperti sunt » (*Pro Murena*, XII).

M. de Savigny propose une explication fort ingénieuse de ce passage obscur.

Une héritière riche, qui veut se délivrer de la charge des *sacra privata*, se soumet, par voie de coemption, à la puissance d'un vieillard qui devient ainsi possesseur de toute sa fortune, et auquel incombe désormais la charge des *sacra*. Immédiatement après le *senex* procède à la remancipation et restitue, pièce par pièce, la fortune de la femme, afin de ne pas l'exposer à supporter les *sacra*. Ceux-ci restaient à la charge du *senex* sa vie durant, sans doute moyennant récompense. On avait soin de choisir un homme pauvre, sans héritier, de manière à faire éteindre les *sacra*.

[1] Gaïus, *Comm.* I, § 118, 115, 195.

[2] C'est ainsi que M. Wæchter explique avec raison le § 137, 1, du *Commentaire* de Gaïus, dans son travail sur le divorce chez les Romains. (Uber *Ehescheidungen bei den Romern*, p. 64, en note.)

Digitized by Google

subsister aucun doute à cet égard [1]. La femme *mariée*, qui demeure une année entière avec son mari, lui fait acquérir la *manus;* elle ne peut échapper à l'usucapion, qu'en profitant du remède introduit par la loi des Douze Tables, et en s'absentant chaque année pendant trois nuits.

Le mariage était donc indépendant de la *manus*, puisqu'il fallait que la femme fût *mariée* (*nupta*) depuis une année au moins, pour que la *puissance* fût acquise au mari, par *l'usage*, comme s'il s'agissait de choses mobilières. Le judicieux Pothier, sans le secours des lumières répandues sur cette question comme sur tant d'autres, grâce à la découverte du manuscrit de Vérone, avait admirablement saisi le véritable sens de l'*usus*, et reconnu que le mariage légitime était indépendant de la puissance maritale [2].

Le mariage *libre*, contracté en vertu de la simple expression de la volonté, s'est donc posé de toute antiquité, à Rome, en face du mariage *rigoureux;* mais cette union du droit des gens était ramenée sous une loi spéciale, pour les citoyens romains.

Nous redoutons les hypothèses, quand il s'agit d'une époque aussi obscure que l'est l'histoire de la législation romaine avant la loi des Douze Tables. Rien n'est plus facile alors que de glisser sur la pente unie du paradoxe, et il faut

[1] § III : « Usu in manum conveniebat, quæ anno continuo nupta perseverabat : nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transiebat, filiæque locum obtinebat; itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet; sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est. »

[2] *Pand.*, t. I, p. 117, sur le chap. V de la loi 6 des Douze Tables : « Usucapionem illam mulieris, non ad matrimonium pertinere, quasi solo usu contrahi potuisset apud Romanos, sed ad tribuendum viro in uxorem, *alias legitime nuptam*, jus patriæ potestatis. »

Digitized by Google

avoir le génie de Vico ou de Niebuhr pour affronter cette divination du passé. L'illustre auteur de l'*Histoire romaine* ne s'est-il pas exposé lui-même plus d'une fois à ce qu'on mît sur le compte d'une imagination brillante l'œuvre dont il se constituait l'intrépide architecte?

« Niebuhr prétend avoir découvert maintenant la ville de *Quirium;* mais je crains fort que celle-ci ne soit pas plus solidement bâtie qu'un château de cartes », disait un des critiques renommés de l'Allemagne, M. Blum [1].

Ces paroles pourraient peut-être s'appliquer à l'ouvrage, d'ailleurs plein de vues élevées et marqué au coin d'un esprit vigoureux et d'une érudition abondante, qu'un jeune savant, M. Guérard, a consacré à l'histoire du droit privé des Romains. Suivant lui, avant les Douze-Tables, la puissance paternelle n'aurait existé que chez les plébéiens, qui seuls auraient dominé une *famille* (*familiæ*), tandis que les *gentes* patriciennes n'auraient point connu la *manus*.

Nous serions entraîné trop loin s'il nous fallait étudier les diverses parties, fortement liées entre elles, de ce système hardi qui nous paraît pécher par la base; cependant le travail de M. Guérard est d'un mérite trop réel pour que nous ayons pu le passer sous silence dans le cours de nos recherches. Il fait réfléchir toujours, souvent il fait douter et conduit, en forçant à poursuivre l'examen des problèmes délicats qu'il soulève, sur la voie de la vérité.

Les exemples que nous venons de rappeler suffisent pour nous tenir en garde contre des conjectures hasardées. Mais la réflexion qui s'est naturellement présentée à notre esprit, quand nous avons scruté les trois formes d'acquisition

[1] Jetzt will Niebuhr eine Stadt *Quirium* entdeckt haben, von der ich fürchte sehr dass sie nicht viel fester als ein Kartenhaus steht.

Digitized by Google

de la puissance maritale dont parle Gaïus, est celle-ci : Si ces trois modes de constitution de la *manus* existaient avant la loi des Douze Tables, la puissance maritale devait dominer tous les mariages, sous quelque forme qu'ils eussent été contractés; elle devait s'y adjoindre forcément *ex postfacto* en vertu de l'*usus*, dont l'effet ne pouvait pas être encore paralysé au moyen du *trinoctium*, quand elle n'avait pas pris naissance dès l'origine, comme dans le mariage contracté par *confarréation*, ou avec la *coemption*.

Pourquoi ces formes diverses, cette variété de moyens, pour arriver au même but? Quel est le sens de ces distinctions subtiles, au milieu desquelles l'investigation historique risque de s'égarer?

Nous hésiterions à nous lancer dans les hasards des recherches conjecturales dont nous signalions tout à l'heure le péril, si la solution que nous proposons était moins simple, si elle n'avait point pour elle le témoignage de la vraisemblance historique et celui des textes de tous les auteurs classiques qui se sont occupés de ces institutions lointaines.

Que les événements antérieurs à la bataille du lac Régille soient ou non une épopée[1], il est hors de doute, aujourd'hui, que Rome a réuni deux peuples, deux races distinctes dans son imposante unité.

L'un de ces peuples, les patriciens, race religieuse et éclairée, domina l'autre, les plébéiens, par la religion et par le droit, dont elle sut longtemps conserver le mystère.

[1] M. Holtius a fort bien fait observer que si les événements, tels qu'ils ont été racontés par les chroniqueurs, peuvent être révoqués en doute, il n'en est pas de même des institutions : *Primordia... commentis obscurata, non verò instituta publica et civilia quæ durarunt.* (*Hist. jur. rom. lineam.*, II.)

Digitized by Google

Elle gardait le secret des symboles du culte et des formules de la loi.

N'est-il pas permis de croire que les patriciens contractaient entre eux les mariages par *confarréation*, et que le mode d'acquisition solennelle de la puissance a pu, pour une partie d'entre eux [1], et probablement pour les nouveaux venus, les *minores gentes*, les *patres conscripti* de Tarquin l'Ancien et de Brutus, se détacher de la cérémonie religieuse qui entraînait la communication des auspices, et s'incarner dans la formule légale de la vente solennelle *per æs et libram*, qui transmettait la propriété *optimo jure*, *ex jure Quiritium?*

N'est-il pas permis de croire que dans ce grand duel de la liberté, de la personnalité plébéienne, contre la substance de l'aristocratie patricienne, les citoyens exclus des auspices, de la participation au droit *divin* et de la connaissance des formules, de la participation active au droit *humain*, mais qui n'en étaient pas moins des citoyens romains, devaient rencontrer un mode d'acquérir sur leurs femmes un pouvoir analogue à celui qu'engendrait la *confarreatio* et la *coemptio*, sans risquer de pécher par ignorance? Ils devaient suivre les notions du droit des gens, là où le droit civil leur faisait défaut [2].

La division tripartite d'Ulpien, en droit naturel, droit

[1] M. Hasse suppose que la *coemptio* est née des mariages mêlés des patriciens et des plébéiens. *Das* Güterrecht der Ehegatten, p. 76.

[2] « Æquo juri, dit Vico (*De const. jurispr.*, c. XXXVI), impedimento erat illa duorum corporum in una heroica civitate divisio, ut patres ex jure optimo, *plebs omnia ex jure naturali agitarent :* quæ divisio jam inde usque e familiis per clientelas in regna heroica transiit. Cum enim filiifamilias in domo patria nihil injussu patrum jure optimo agerent, et omnium minime nuptias, multo minus clientes sine inclytorum imperio : unde postquam secessionibus factis, ut diximus, in plebes coaluere, cum ea proprietate

Digitized by Google

des gens et droit civil, rencontre dans le langage du jurisconsulte romain trois termes qui lui correspondent exactement, pour indiquer les rapports entre les sexes : *conjunctio, matrimonium, justæ nuptiæ.*

La *conjunctio*, reléguée dans le rapprochement analogue à celui des animaux, devient le *contubernium* des esclaves, ravalés au rang de la bête, condamnés à une révoltante promiscuité.

Le *matrimonium* se contracte par la simple expression de la volonté. C'est la forme la plus facile de contracter mariage; elle dut se conserver parmi ces aventuriers, ces brigands, ces réfugiés qui grossissaient la plèbe et devaient un jour donner des maîtres au monde. Sans doute, certaines cérémonies venaient s'adjoindre au contrat nuptial, mais plutôt comme accessoire libre et comme preuve, que comme condition du mariage. La plupart des usages dont

nativa coaluere, ut sine patrum auctoritate *nihil optimo jure, sed omnia jure naturali transigerent.* »

Vico a jeté de lumineux aperçus sur la féodalité romaine; M. Giraud adopte en partie ces idées dans son excellente Introduction historique aux *Éléments du droit romain.* Il distingue (p. 47) le *domaine bonitaire* acquis aux plébéiens, analogue aux *feuda rustica* du moyen âge, et le *domaine quiritaire*, appartenant aux patriciens, fief noble.

Cette distinction ne nous met-elle pas, pour le dire en passant, sur la voie du sens véritable de la fameuse loi de Justinien, *De nudo jure Quiritium tollendo?* La séparation du domaine *bonitaire* et *quiritaire* s'effaça dans la pratique, tout en se perpétuant dans le droit; mais les anciennes idées féodales étaient devenues lettre morte pour les maîtres du monde; ces plébéiens, jadis méprisés, humiliés, étaient devenus les dominateurs des rois. Justinien effaça une distinction surannée, devenue sans objet; il détruisit le dernier vestige de la féodalité primitive, comme la révolution de 1789 vint supprimer nos droits féodaux. Ce serait une curieuse étude à faire que le parallèle de l'œuvre accomplie par Justinien, qui renouvelait en partie la société, et l'œuvre de notre révolution, dans le domaine du droit.

Digitized by Google

nous entretient Brisson [1] rentrent évidemment dans cette catégorie.

Le *matrimonium* prenait le caractère des *justæ nuptiæ*, quand il était contracté entre citoyens romains, qui avaient le *connubium*.

Nous parlons ici d'une époque plus récente, car dans l'origine, c'étaient les autres nations qui repoussaient de leur alliance la tribu proscrite de Romulus, et celle-ci dut recourir à l'enlèvement des femmes et des filles des peuplades voisines. « Romulus et ses successeurs, dit Montesquieu [2], furent presque toujours en guerre avec leurs voisins pour avoir des citoyens, *des femmes* ou des terres. »

Ces femmes, qu'on avait conquises sans les acheter, il fallait acquérir sur elles la *puissance*, la *manus*, ce *jus proprium civium romanorum;* il fallait aussi que les plébéiens trouvassent le moyen de s'organiser à l'image de la famille patricienne, dans les relations domestiques, et cela sans avoir recours aux sacrifices et aux formules dont les patriciens conservaient le dépôt traditionnel.

La possession continuée sans interruption et sans trouble devait se transformer promptement en droit, dans ces temps primitifs; telle fut l'origine de l'*usucapion* appliquée aux choses, telle dut être l'origine de l'*usus* appliqué à produire la *manus* [3].

Puisque nous sommes entrés dans cette voie, ajoutons

[1] *De ritu nuptiarum.* M. Ortolan a fait observer avec raison que ces usages ne constituaient pas plus une condition du mariage, que chez nous le voile blanc, le bouquet de fleurs d'oranger, etc. *Thémis*, t. x, *Le mariage chez les Romains*, etc.

[2] *Grandeur et décadence des Romains*, ch. I.

[3] Ne rencontre-t-on pas ici une analogie frappante avec les *adquisitiones naturales*, qui se faisaient en vertu du *jus gentium*, tandis que les *adquisitiones civiles* se faisaient en vertu du *jus civile?*

L'*usucapion* de la femme n'aurait-elle pas, dans ces temps reculés, pro-

Digitized by Google

encore que les alliances entre patriciens et plébéiens n'étaient proscrites par aucun texte de loi, avant l'interdiction inscrite dans l'une des *tables* supplémentaires; mais elles étaient empêchées par l'empire de la religion, de la coutume et des mœurs, ainsi que par la différence des formes admises pour contracter l'union conjugale.

La religion fut un des grands ressorts mis en œuvre par les patriciens pour contenir les plébéiens; les *auspices*, dit Montesquieu dans la belle dissertation qu'il a consacrée à la politique des Romains dans la religion, les *auspices* étaient une bride avec laquelle ils menaient le peuple.

Le législateur voulut inspirer à un peuple qui ne craignait rien la crainte des dieux, et se servir de cette crainte pour le guider. Car ce peuple, qui se met si facilement en colère, a besoin d'être arrêté par une puissance invisible.

Aussi, nous citons encore Montesquieu, les premiers rois ne furent pas moins attentifs à régler le culte et les cérémonies qu'à donner des lois et à bâtir des murailles. La superstition servait de ciment à la vieille constitution romaine.

Cicéron nous l'apprend [1], en confirmant un témoignage de Tite-Live [2]; après l'expulsion des rois, les *auspices* présidaient à toutes les entreprises civiles ou militaires. Le droit de prendre les auspices devait donc être conservé, avec un soin jaloux, dans les familles dont le chef était à la fois le pontife et le maître.

duit une *possessio civilis*, en opposition avec ce *dominium ex jure Quiritium*, acquis au moyen de la *confarreatio* et de la *coemptio?*

[1] *De divinatione*, I, 2 : « Et exactis regibus, nihil publice sine auspiciis, nec domi nec militiæ gerebatur. »

[2] La harangue d'Appius Claudius Crassus, le petit-fils du décemvir, contient à cet égard les plus précieuses indications. Le patricien combat avec violence les prétentions croissantes des plébéiens, et c'est la religion

Digitized by Google

C'était pour conserver intactes des traditions puissantes, que les patriciens, se donnant pour les interprètes directs de la divinité, se renfermaient dans un isolement orgueilleux.

. . . . . Odi
Profanum vulgus, et arceo.

Le mariage entre patriciens et plébéiens *troublait les auspices*, déchirait le voile qui cachait au peuple les mystères sacrés; pour l'empêcher, on n'eut donc pas besoin de le prohiber expressément, tant que le respect superstitieux pour les choses saintes conserva tout son empire. Il en fut autrement lorsque l'opinion plus indépendante essaya de s'affranchir du joug des vieilles croyances.

A mesure que la plèbe se fortifiait, alors que ses réclamations avaient assez d'empire pour arracher de grandes

qu'il invoque pour les dominer: « Quid de religionibus atque auspiciis, quæ propria Deorum immortalium contemptio atque injuria est, loquar? Auspiciis] hanc urbem conditam esse, auspiciis bello ac pace, domi militiæque, *omnia geri*, quis est, qui ignoret? *Penes quos igitur sunt auspicia more majorum? Nempe, penes Patres* : nam plebeius quidem magistratus nullus auspicato creatur. Nobis adeo propria sunt auspicia, ut non solum, quos populus creat patricios magistratus, non aliter quam auspicato creet; sed nos quoque ipsi, sine suffragio populi auspicato interregem prodamus, et privatim auspicia habeamus, quæ isti ne in magistratibus quidem habent. Quid igitur aliud, quam tollit ex civitate auspicia, qui plebeios consules creando, et Patribus qui soli ea habere possunt, aufert? Eludant nunc licet religiones. Quid enim est si pulli non pascentur? si ex cavea tardius exierint? si occinuerit avis? Parva sunt hæc : sed parva ista non contemnendo majores nostri maximam hanc rem fecerunt. » (Tit. Liv., VI, 41.)

Quid igitur actum lege duodecim tabularum? Actum id quod tribuni plebis, apud Livium, desiderabant, nempe *æquata libertas*, et quod dicit Dionysius, *positum jus æquum omnibus*. Libertati obstabat jus in latenti, jus incertum, manus regia, quæ plebs, ut Pomponius tradit, ultra pati non posset... actum igitur est, ut jus perpetuo certum tabulis fixum esset. Vico, *De const.*, cap. XXXVI.

Digitized by Google

concessions à l'aristocratie, et qu'elle touchait au moment où la conquête la plus importante, celle de l'unité et de la publicité du droit, allait se réaliser, il faut croire, et les témoignages ne manquent pas à cet égard, il faut croire que quelques unions, rares, exceptionnelles, avaient eu lieu entre les deux races[1]. Ces unions étaient surtout favorisées par la création de la classe intermédiaire des *minores gentes*.

Au moyen de l'*usus*, la fille patricienne pouvait donc tomber sous la puissance du plébéien, auquel elle s'était unie par mariage libre. Il y avait dans ce fait, ou dans cette simple possibilité, une menace que les patriciens essayèrent d'écarter en inscrivant dans la sixième Table le principe de l'*usurpation*, qui donne la faculté de paralyser l'action absorbante de l'*usus*.

C'était un premier pas, bientôt une des Tables supplémentaires prononça la prohibition formelle des unions entre patriciens et plébéiens[2].

La promptitude avec laquelle cette prohibition fut effacée par le plébiscite Canuléien, prouve que les temps étaient venus de ménager davantage la susceptibilité de l'orgueil plé-

[1] Telle est l'opinion de M. Guérard, *Droit privé des Romains*, p. 304; il s'appuie sur l'autorité de *Festus*, v° *Numerius :* « Numerius prænomen nunquam ante fuisse in patricia familia dicitur quam is Fabius qui unus post sex et trecentos ab Etruscis interfectos superfuit, inductus magnitudine divitiarum, uxorem duxit Otacini Maleventini, ut tum dicebantur, filiam, eâ conditione ut qui primus natus esset, prænomine avi materni, Numerius appellaretur. »

[2] *Tab.* VI, 4 : « Mulier quamvis nudo consensu viro juncta, si uno anno sine usurpatione, id est interruptione trinoctii, apud virum fuerit, in manum usucapta esto. »

Tab. XI : « Inter patricios et plebeios matrimonia ne contrahantur. »

(Texte de la loi des Douze Tables, publié par M. Giraud, à la suite de son introduction historique aux *Elements du droit romain*.)

Digitized by Google

béien. Que l'application de ce plébiscite ait été rare, qu'elle n'ait pénétré que beaucoup plus tard dans les mœurs [1], cela est certain; les causes qui, avant la loi des Douze Tables, s'opposaient à l'union des deux races, devaient continuer à subsister longtemps encore. Mais au moins une exclusion humiliante était effacée de la loi.

Les patriciens, pour prévenir cette atteinte portée à leur suprématie, voulurent se réfugier dans les pratiques religieuses; ils invoquèrent le secours des croyances superstitieuses, dont l'empire commençait à s'affaiblir, pour empêcher que la pureté de leur sang ne fût souillée, et que les droits des deux classes ne fussent confondus [2].

Les consuls taxaient d'audacieuse l'entreprise de Canuléius [3]. Il veut, disaient-ils, amener le mélange des races, et *mettre le désordre dans les auspices publics et privés*, afin de ne rien conserver de pur, d'effacer toute distinction, de manière que personne ne puisse plus reconnaître ni lui-même ni les siens. A leurs yeux, les mariages mêlés, entre patriciens et plébéiens, étaient l'équivalent des unions des animaux qui s'accouplent au hasard, car ceux qui en seraient issus ne sauraient à quel sang *ni à quels sacrifices* ils appartiennent : à moitié plébéiens, à moitié patriciens, ils ne s'accorderaient pas avec eux-mêmes. Autoriser l'alliance

[1] M. Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome.*

[2] Qua contaminari sanguinem suum patres, confundique jura gentium rebantur. (Tite-Liv., IV, 1.)

[3] Quas quantasque res C. Canuleium aggressum? Colluvionem gentium, *perturbationem auspiciorum* publicorum privatorumque afferre, ne quid sinceri, ne quid incontaminati sit; ut discrimine omni sublato, nec se quisquam, nec suos noverit. Quam enim aliam vim connubia promiscua habere, nisi ut ferarum prope ritu vulgentur concubitus plebis patrumque: ut, qui natus sit, ignoret cujus sanguinis, *quorum sacrorum sit;* dimidius patrum est, dimidius plebis, nec secum ipse concors? Parum id videri quod omnia divina humanaque turbentur..... (*Id.*, IV, 2.)

Digitized by Google

des patriciens et des plébéiens, c'était donc bouleverser les choses divines et humaines.

La parole imprudente d'un patricien dévoila le mystère de cette résistance [1]. Les décemvirs, dit-il, ont rompu le droit d'alliance entre les deux ordres, parce que nul plébéien ne possédait les *auspices*, et pour empêcher que les auspices ne fussent troublés par des hommes de naissance incertaine.

Cet aveu excita l'indignation du peuple, qu'on écartait des auspices, comme s'il eût été réprouvé par les dieux immortels.

Mais il est toujours question d'un droit nouveau, introduit par les décemvirs, d'une disposition précise qui avait remplacé l'empire de la coutume.

Les paroles que Tite-Live prête au tribun Canuléius s'accordent pleinement avec ce que nous venons d'établir. « Cette prohibition des mariages entre patriciens et plébéiens, ce sont les décemvirs qui l'ont inventée, il y a peu d'années, à la honte du peuple. Peut-on imaginer une injure plus grave, plus cruelle, que d'exclure de l'alliance conjugale une partie des citoyens, comme si elle était souillée ?... Vous pouviez garder vous-mêmes l'intégrité de votre race ; il fallait ne pas épouser des femmes sorties du peuple, et ne pas permettre à vos filles et à vos sœurs de se marier à des plébéiens... Mais le défendre par une loi, et détruire le droit d'alliance entre les patriciens et les plébéiens, c'est un outrage pour le peuple. On a toujours laissé au libre arbitre des particuliers le choix de la maison où la

[1] Quod nemo plebeius auspicia haberet : ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur. Plebes ad id maxime indignatione exarsit, quod auspicari, tanquam invisi diis immortalibus, negarentur posse. (*Id.*, IV, 6.)

Digitized by Google

femme devait s'établir et de celle où l'on devait chercher une épouse; et vous prétendez soumettre cette liberté aux liens arbitraires d'une loi orgueilleuse, qui coupe en deux la cité et crée deux États dans un seul [1]! »

Une autorité plus haute se prononce dans le même sens, celle de Cicéron. Voici comment il condamne, dans son *Traité de la République*, l'innovation consacrée par la Table onzième : « La tyrannie des décemvirs fit naître un grand désordre dans l'État et causa une révolution complète : deux tables de lois iniques, ajoutées par eux, interdirent, en vertu d'une disposition odieuse, entre les plébéiens et les patriciens, le droit d'alliance, qui est accordé même à des peuples étrangers; le plébiscite Canuléien abrogea plus tard cette disposition [2]. »

[1] IV, 4 : « Hoc ipsum ne connubium patribus cum plebe esset, non decemviri tulerunt paucis his annis, pessimo exemplo publico, cum summa injuria plebis? An esse ulla major, aut insignior contumelia potest, quam partem civitatis, velut contaminatam, indignam connubio haberi?.....

« Sinceram servare privatis consiliis non poteratis, nec ducendo ex plebe, neque vestras filias sororesque enubere sinendo e patribus? Nemo plebeius patriciæ virgini vim afferret : patriciorum ista libido est. Nemo invitum pactionem nuptialem quemquam facere coegisset. Verum enim vero lege id prohiberi, et connubium tolli patrum ac plebis, id demum contumeliosum plebi est...

« Quod privatorum consiliorum ubique semper fuit, ut in quam cuique feminæ convenisset domum, nuberet; ex qua pactus esset vir domo, in matrimonium duceret; id vos sub legis superbissimæ vinculo conjicitis, qua dirimatis societatem civilem, duasque ex una civitate faciatis!...

Tite-Live ajoute encore les paroles suivantes, utiles à rappeler :

« Quid enim in re est aliud, si plebeiam patricius duxerit, si patriciam plebeius? Quid juris tandem mutatur? Nempe patrem sequuntur liberi... Itaque ad bella ista... parata vobis plebes est, si, *connubiis redditis*, unam hanc civitatem tandem facitis. »

[2] *De Rep.* II, 37 : « Ergo horum ex injustitia exorta est maxima perturbatio et totius commutatio reipublicæ; qui duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus, etiam quæ disjunctis populis tribui solent, connubia,

Digitized by Google

Que signifient les plaintes de Canuléius et la réprobation de Cicéron, si ce n'est que les décemvirs avaient voulu ériger en maxime légale la coutume qu'ils tenaient à conserver, et qui menaçait de céder devant la marée montante des prétentions et des ressources des plébéiens? La faculté d'interruption opposée à l'*usus*, moyen habituel d'acquérir la puissance maritale dans la famille plébéienne, était un premier essai, déguisé il est vrai, pour arriver à la proclamation du principe qui souleva la colère du peuple [1].

hæc illi ut ne plebi cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt, quæ postea plebiscito Canuleio abrogata est... »

[1] Vico n'a point reculé devant une hypothèse plus hardie. A l'entendre, les plébéiens des cités héroïques ne jouissaient d'aucun *droit;* ils obtinrent le *domaine bonitaire* des champs, à charge de services et de redevances; ce fut la première loi agraire du monde. La *seconde loi agraire*, contenue dans la loi des Douze Tables, accordait aux plébéiens *le domaine quiritaire* des champs; mais les plébéiens s'apercevant, au bout de trois ans, que ne pouvant contracter de *mariages*, ni avoir, par conséquent, de famille et de descendance reconnues par la loi, n'étant pas, d'ailleurs, considérés comme citoyens, mais comme étrangers, n'ayant pas le droit de *tester*, leurs terres retournaient à leurs propres maîtres, ils demandèrent le droit de *contracter des mariages*. Gardons-nous de croire, dit-il, qu'ils élevassent la prétention de s'allier *aux patriciens;* prétention que la langue latine rendait par ces mots : *connubia cum patribus;* une *pareille pensée ne pouvait trouver place dans l'esprit de ces malheureux esclaves*. Les plébéiens demandèrent seulement le droit de contracter entre eux des mariages solennels, semblables à ceux que les patriciens contractaient aussi entre eux, *connubia patrum*... Ils demandaient implicitement de participer aux priviléges de *citoyen romain*, dont les mariages solennels formaient la source naturelle et principale. (*Scienza nuova*, liv. II, *de la politique poétique*, traduction de l'auteur de l'*Essai sur la formation du dogme catholique*, p. 221.)

Mais, en raisonnant dans le sens des conjectures de Vico, est-ce que la *forme du mariage* ne constituait pas l'empêchement le plus puissant au mélange des deux races? Cet obstacle une fois levé, les alliances ne devaient-elles pas s'ensuivre, et les *connubia patrum*, communiqués au peuple, n'entraînaient-ils pas nécessairement les *connubia cum patribus?*

Vico fait, d'ailleurs, la position des plébéiens trop humble au quatrième

Digitized by Google

Mais cette question, d'une grande importance pour l'histoire romaine, n'est qu'accessoire dans le problème que nous avons choisi pour sujet de notre étude, dans la constatation des rapports qui ont dérivé de la *société conjugale* chez les Romains. Ici, aucun doute n'est permis; les conséquences de la *manus* sont nettement définies. Quelle que soit la forme qui préside à la naissance de cette relation entre époux, elle produit les mêmes effets légaux. Nous disons de cette *relation entre époux*, car la *manus* ne se borne pas à imposer des devoirs à la femme, elle paye chacun des sacrifices qu'elle lui demande, par un droit correspondant. Si l'avoir de la femme tombe dans la masse unique de la fortune conjugale, un droit de succession s'ouvre pour elle et compense cette confusion; si la femme doit obéir au mari comme si elle était sa fille, celui-ci ne peut la répudier que pour des causes déterminées, en vertu d'un jugement. Aussi, dans la *confarréation* comme dans la *coemption*, on procède au moyen d'engagements réciproques, et l'*usus*, s'il consacre la puissance du mari, dote également la femme de droits considérables. Il emprunte un caractère particulier à la dignité du but auquel il tend; il ne s'exerce pas sur un être impersonnel, passif, qui subirait une loi extérieure sans conquérir aucun avantage. On pourrait presque dire que l'*usucapion* s'accomplit des deux côtés, entre les deux époux, puisque chacun d'eux acquiert un droit déterminé.

La vieille formule: *Ubi tu Gajus ego Gaja*, s'applique aux diverses formes de la *manus*. Ce symbole contient l'image du rapport intime entre la famille et l'Etat.

Romulus, le fondateur de la cité, trace un sillon autour

siècle de Rome, et nous craignons fort que cette supposition ingénieuse n'ait une étroite parenté avec le château de cartes de Niebuhr, dont parlait Blum.

Digitized by Google

de la ville, après avoir réuni sous le joug une vache blanche avec un taureau blanc comme elle [1].

Un pareil joug, porté en commun, est la figure admise pour l'union conjugale [2]. La formule : *Ubi tu Gajus* ego *Gaja*, signifie : « Ubi tu dominus et paterfamilias, ego domina et materfamilias [3]. »

Les mots solennels viennent du grec γαῖος (bos operarius, ὁ ἀγγατης βοῦς) ; ils signifient, selon l'explication de Creutzer [4] : *Gajus*, le mâle robuste, armé et labourant la terre; *Gaja*, la femelle, lui venant en aide, féconde et utile.

[1] Ovide, *Fastes*, IV, 825 :

« Un jour propice est choisi pour tracer avec la charrue le contour des murailles.....

« Romulus alors, saisissant le manche de la charrue, trace avec le soc l'enceinte des remparts; une vache blanche est attachée au joug avec un bœuf blanc comme elle. »

Apta dies legitur qua mænia signet aratro.

. . . . . .

Inde premens stivam designat mœnia sulco :
Alba jugum niveo cum bove vacca tulit.....

Columelle, *De re rustica*, VI, préf. : « Et in ea urbe cujus mœnibus condendis mas et fœmina boves aratro terminum signaverunt, velut pecus. »

[2] Voyez Brisson, *De ritu nupliarum*, p. 314.

. . . . . Jamne ea fert jugum. PLAUTE, *Caract.*, I, 50.

« *Juges*, ejusdem jugi, pares ergo conjuges. FESTUS.

Ὁ νομος συζευγνος ανδρα και γυναικα. XENOPHON.

[3] Brisson, *loc. cit.*, p. 326 : Καὶ το μεν δηουμηνον εστιν οποῦ συ κὺριος καὶ οικοδεσποτης, καὶ εγῶ κυρια καὶ οικοδεσποινα. PLUT., Q. R. 30.

Brisson rapporte également les autres étymologies, tentées pour ce nom de *Caja*, donné aux épouses romaines, et cite les paroles ironiques de Cicéron (*Pro Murena*, XII), qui accuse les jurisconsultes d'une bévue : « Ut *Caja*, quia in alicujus libris, exempli causa id nomen invenerant, putarunt omnes mulieres, quæ coemptionem facerent, Cajas vocari ».

Nous croyons devoir nous ranger à l'ingénieuse interprétation de M. Waechter : *Uber Ehescheidungen bei den Römern* (p. 7, en note), que nous avons suivie ici.

[4] *Symbol. et myth. des peuples anciens*, II, p. 1001.

Digitized by Google

Ce dernier nom se rapportait aussi à la terre (γαια, Gaea); la terre fertile fournissait la subsistance, et le travail uni de l'homme et de la femme pour la cultiver présentait le tableau de l'union domestique.

Ces images naïves révèlent une notion plus exacte de la société conjugale. Les rapports qui dérivent de la *manus*, bien que limités par la position inférieure de la femme, dont l'élévation au niveau de l'homme devait traverser des degrés intermédiaires, ces rapports reposent sur une idée analogue à celle de la communauté. La possession annale, qui fait accomplir l'*usus*, ne joue-t-elle pas aussi un grand rôle dans nos coutumes, dont un certain nombre ne fait commencer la communauté qu'après an et jour, à partir du mariage?

Sous l'empire de la *manus*, tous les biens de la femme sont acquis au mari; la *puissance* ouvre un droit d'acquisition à titre universel, comme l'*adrogation* [1]. Si la femme meurt avant le mari, aucune succession ne peut s'ouvrir; car la femme ne possède rien par elle-même, elle n'est pas *sui juris*, tous ses biens ont été dévolus au mari et confondus dans la fortune de celui-ci, au moment de l'établisse-

[1] Gajus, *Comm.*, III, 82 : « Sunt autem alterius generis successiones.... quum paterfamilias se in adoptionem dedit, mulierque in manum convenit. »

Cic., *Topic.* IV : « Quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine. »

Boethius, *Ad Topic.* (édit. Orelli, p. 317) : « Ipsa igitur in manum conventio omnia quæ mulieris fuere, viri fecit dotis nomine, non procedente tempore, sed statim propriæ vi naturæ. Nam ut in manum quæque convenerit, mox ejus bona dotis nomine virum sequuntur. »

Voyez aussi Gajus, *Inst.* II, § 86 : « Acquiritur autem nobis..... per eos quos in potestate, *manu*, mancipiove habemus. » Et § 90 : « Per eas vero personas quas in manu, mancipiove habemus, proprietas quidem acquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt. »

Digitized by Google

ment de la *manus*[1]. Si le mari meurt le premier, la femme lui succède comme *sua hæres*, pour la totalité si elle n'a pas de cohéritiers de cette catégorie, pour une portion virile dans le cas contraire[2].

La communauté romaine porte ainsi un caractère différent de la communauté germanique, belge et portugaise. Cette distinction est fort bien indiquée dans les notes sur Brisson, par Trekell[3], qui invoque l'autorité de Grupen[4]. Au lieu de faire naître une véritable communion de biens entre époux, elle se modèle à l'image de la copropriété des

[1] Laboulaye, *Histoire du droit de propriété*, p. 179.

Brisson, *De ritu nupt.*, p. 301 : « Quin etiam in manum conveniendo mulierem cum capite fortunas quoque suas in familiam ac domum mariti transtulisse sciendum est... Unde Boethius morte defuncta, quæ in manum convenisset, bona ejus ad virum pertinuisse bene colligit...

Trekell ajoute dans ses *Annotations :* « Mulier igitur, quæ in mariti manu erat, perinde ut filiafamilias, nihil habebat proprii, et si quæ illi a viro concederentur, ea jure peculii censebantur, et hinc post ejus mortem ad virum rursus recidebant, ut adeo talis mulier nullum proprie heredem, vel successorem habere potuerit. »

Plaute parle dans le même sens :

« Hoc viri censeo esse omne quidquid tuum est. »

(*Casina*, II, 2, 29.)

[2] Gajus, *Inst.*, III, § III : « Uxor quoque, quæ in manu (ejus) est, sua hæres est, quia filiæ loco est : item nurus, quæ in filii manu est ; nam et hæc neptis loco est...»

Id. II, § CLIX : « Idem juris est et *in* uxoris persona, quæ in manu est, quia filiæ loco est ; et in nurus quæ in manu filii est, quia neptis loco est. »

Id. III, § XIV.

Ulpien, *Fragmenta*, tit. XXII, § XIV : « Sui hæredes instituendi sunt, vel exhæredandi ; sui autem hæredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales, quam adoptivi ; item uxor quæ in manu est, et nurus quæ in manu est filii, quem in potestate habemus.» (*Coll. leg. Mos. et Rom.*, XVI, 2, Ep. II, 8, pr. *Inst.*, § II, *De hæred.*).

Servius commet une inexactitude quand il dit, sur le livre VII de *l'Enéide*, v. 423 : « Nam per coemptionem facto matrimonio, *sibi invicem succedebant.*» La mort de la femme n'ouvrait point de succession ; le mari était maître de toute la fortune commune.

[3] *De ritu. nupt.*, p. 302, note *c*.

[4] *De uxore romana*, cap. III, VII.

Digitized by Google

enfants. Plutarque [1] et Denys d'Halicarnasse [2] ont donc donné une trop grande extension à l'expression dont ils se sont servis [3]. La *communauté* véritable ne devait se développer que beaucoup plus tard; néanmoins partout, au Nord et au Midi, c'est à la prétendue loi de Romulus, c'est aux textes de Plutarque et de Denys d'Halicarnasse, que l'on fait appel pour expliquer l'origine première de la communauté conjugale.

Peut-on accuser d'erreur un tel rapprochement? Non. Si la similitude n'est point parfaite, il existe du moins une parenté étroite entre le régime de la communauté universelle et le régime de la *manus*.

Aussi, en Portugal, ce sont les idées primitives du législateur romain qui se trouvent invoquées comme le fondement de la communauté universelle des biens entre époux.

L'auteur d'un commentaire estimé sur le droit portugais, le professeur Mello, après avoir établi que cette communauté de biens entre époux dérive de la nature de la société conjugale [4], rappelle que Romulus consacra ce mode d'as-

[1] Ὅτι δεῖ κοινὰ καὶ γύναιξιν εἶναι τά ἀνδρῶν καὶ ἄνδρασι τὰ γυναικῶν, les biens des maris doivent être communs aux femmes, et réciproquement. (*Quæst. rom.*)

[2] Dans le passage que nous avons déjà cité.

[3] Il existait une grande différence quant à la participation aux *sacra* entre la femme mariée avec la *manus*, et celle qui avait contracté un mariage *non rigoureux*.

[4] P. J. Mellii Freirii, *Instit. juris civilis Lusitani*, liber II, *De jure privato*, tit. VIII, *De communione bonorum inter conjuges*.

§ I : Quum matrimonium societas quædam sit, et conjuges bonorum, jurium et fortunarum omnium socii dicantur, dubitare potest nemo communionem bonorum inter conjuges ex natura et indole societatis conjugalis derivari, vel saltem eidem multum consentaneam esse; de qua quidem cum multa eadem præclara legibus nostris sint constituta, digna profecto hæc res est quæ speciali titulo tractetur.»

Digitized by Google

sociation [1]; mais il ajoute que cette loi ne subsista pas longtemps, car la *manus* transforma la femme en fille et héritière du mari [2].

La méprise dans laquelle cet écrivain est tombé n'a pas besoin d'être relevée; la communauté entre époux n'apparut jamais à Rome que sous la forme de la *puissance* maritale, qui agrégeait la femme à la famille de l'époux, forme imparfaite sans doute, mais curieuse à connaître et à constater, comme transition de la famille orientale à la famille moderne.

La Belgique, en admettant le même point de départ, ne paraît pas avoir accepté la distinction dont nous venons de parler; elle accueillit l'idée de la communauté romaine avec une foi plus robuste. Le commentateur des lois et coutumes de la ville de Bruges, Laurent Van den Hane, dit, à l'occasion du titre III, *Des droits appartenant à gens mariés et de leur communauté*, et à la suite de l'article 1, ainsi conçu : *Comme les corps du mari et de la femme sont communs entre eux, aussi les biens de l'un et l'autre sont pareillement communs*, que cette communauté remonte aux premières lois

[1] *Loc. suprà cit.*, § II : « Bonorum hanc communionem, Romulus, naturam societatis sequutus, et agnovit et firmavit inter conjuges. Dionys. Halic., lib. II, Antiq. rom. his verbis : *Lex autem hæc erat, mulierem nuptam quæ ex sacris legibus in manum mariti convenisset, cum eo omnium bonorum et sacrorum participem esse.* Plutarch. in præcept. connub., lib. XX, et Belduin. ad leg. Romul., c. XIII.

[2] Hæc tamen non diu stetit; nam in solemnibus nuptiis per confarreationem, coemptionem et usum, cum uxor in manum viri conveniret, et sua hæres efficeretur, et omnia marito adquireret, bonorum certe communio in tam inæquali societate locum habere non poterat, neque tandem postea habuit, corruptis in dies Romanorum moribus, et nuptiarum demum solemnibus abolitis, nisi id expressum cautum esset. L. LVII, § I, *Salut. matrim.* Tacit. VI, *Annal.*, cap. XVI.

Digitized by Google

de Rome, et, qu'abolie plus tard, elle a été restituée par les Belges [1].

Le génie critique de d'Argentré repoussa, au contraire, cette assimilation comme erronée [2].

Nous l'avons reconnu ; ce qu'il y a de semblable dans la *manus* et dans la communauté, c'est la participation de l'épouse à la fortune conjugale; ce qu'il y a de différent, c'est le mode de cette participation plus restreint chez les Romains que dans les coutumes modernes.

Cependant, si le passage trop brusque de la femme d'un état voisin de l'esclavage, au régime de l'égalité, n'était pas possible, et si la loi conservait la trace de l'infériorité de la position de l'épouse, la religion avait commencé à inspirer des idées plus élevées et plus justes.

Dans le mariage par *confarréation*, les deux époux se partageaient un gâteau de pur froment (*farreum*), comme signe de la communauté d'existence qui allait commencer

[1] V. *Coutumes et lois du comté de Flandres*, par Legrand, t. II, p. 10.

Lege Romuli, atque ita regio antiquo jure inter conjuges *omni modo fuit bonorum communio;* tractu temporis ea communione sublata, sola honoraria inter conjuges remansit communio : postea restituta est inter conjuges bonorum communio multarun nationum placitis, maxime Belgarum, teste *Wesel*, tract. de connub. bonor. societ., IX.

Belgarum multi universalem illam superiorem omnium bonorum inter conjuges communicationem existimarunt naturæ, concordiæque matrimonii magis convenire, promovere magis amorem, industriamque conjugalem, dum communia, communi studio, curant, spe communis lucri. Inconveniens esse per matrimonium corporum et animorum communicationem fieri, non etiam bonorum; individuam vitæ consuetudinem contrahi, et tamen relicto, circa meum et tuum, quotidiano inter conjuges discrimine, perfidiæ imo sæpe divortii causam in connubio generari. Itaque per nuptias, ad exemplum specialis omnium bonorum societatis, de qua in l. I, § 1. l. II, l. III, ff. *pro soc. omnia quæ ante matrimonium fuere propria et peculiaria, quæque ex contractu, hæreditate, legato, donatione, aliove honesto titulo, vel fortunæ beneficio alterutri obveniunt, confestim alteri communicantur.*

[2] Communio consuetudinaria male comparatur societati inductæ jure romano (*Ad consuet. Britan.*, art. 408, gl. III, n. I).

Digitized by Google

pour eux [1]. Lors de toutes les unions conjugales, on recevait l'épouse, dans la maison du mari, avec l'*eau et le feu* [2]. La communication de l'eau et du feu, c'était la communication du droit divin et humain, un signe de commune existence [3]. L'usage conserva ce symbole d'unité, alors que l'influence de mœurs nouvelles et du mariage *libre* avait déjà effacé les effets civils de la *manus*, et fait succéder la séparation de patrimoines à la fusion des intérêts conjugaux.

Les magnifiques définitions que les jurisconsultes romains

[1] Il est probable, dit Waechter (*Uber Ehescheidungen*, p. 70), que les deux époux, pour indiquer leur existence indissoluble et la solidité du lien qui les réunissait, mangeaient de ce pain consacré. « Wahrscheinlich ist mir, dass die beiden Ehegatten zum Zeichen ihres unzertreunlichen Zusammenlebens und des festen sie umschlingendem Bandes von dem Brode assen. »

Il ajoute, par un rapprochement ingénieux, que le mythe de Proserpine, la fille de Cérès, qui ne put plus quitter les enfers, du moment où elle y eut goûté d'un fruit, est une image des effets du *farreum*.

[2] Servius, *ad Æneid.*, IV, v. 374, s'exprime ainsi : « Ut aqua et igni, duobus maximis elementis adhibitis, natura conjuncta habeatur, *quæ res ad farreatas nuptias pertinet.* » Cette limitation est erronée, ainsi que le fait remarquer Trekell (notes sur Brisson, *De ritu nuptiarum*, p. 328): « Potuit hic ritus ex confarreatione originem habere. » Mais cette cérémonie était passée dans les solennités des mariages ordinaires.

[3] Denys d'Halicarnasse attribue l'introduction de cet usage à Romulus (*Antiq. rom.*, lib. XI). *Post hæc*, dit-il, *comperto puellarum* sexcentarum octoginta trium numero, delegit totidem viros cælibes, quibus eas elocavit, ritu cujusque patrio, *ignis et aquæ* communionem inter conjuges pactus, qui mos durat usque ad nostra tempora.

Scævola (L. pen., § I, D., *De donat. int. vir. et conjug.*) dit : « *Die nuptiarum priusquam* ad virum transiret, et *priusquam aqua et igni acciperetur.* »

Et Varron : « Aqua et igni mariti uxores accipiebant. »

Citons encore *Festus*, lib. I : « Aqua et igni interdici solet damnatis, *quæ accipiunt novæ nuptæ;* videlicet quia hæ duæ res maxime vitam continent. » Et lib. VI, V. *Facem :* « Aqua aspergebatur nova nupta, sive ut pura castaque ad virum veniret, sive ut et ignem et aquam cum viro communicaret. »

L'usage de cette solennité symbolique était si général, qu'on l'a confondu avec un rite nécessaire du mariage :

« Quos faciet justos ignis et unda viros. »

OVID., *De art. am.*, 897.

V. aussi Cujas, *Observ.*, XI, 2.

Digitized by Google

ont données du mariage, *cette union* de l'homme et de la femme, ce *sort commun* de toute la vie, cette *communication du droit divin et humain* dont parlent Modestin et les Institutes, pouvaient s'appliquer à la *manus*, tombée en désuétude sous l'empire, mais non au mariage *libre*, qui consacrait alors la division d'existence et le capricieux accord de deux êtres séparés d'intérêts, et toujours à la veille de se quitter. Ces définitions n'étaient donc, au moment où elles ont été formulées, qu'un regret du passé, ou une aspiration vers un meilleur avenir.

Ce regret, cette tendance spirituelle, qui protestait contre les désordres d'une société corrompue, se lisent à chaque page des auteurs classiques. En passant sous silence les exemples trop familiers à tous ceux qui ont étudié cette partie des institutions romaines, nous nous bornerons à rappeler le passage de Columelle, dans lequel ce contemporain de Sénèque fait un retour sur l'ancienne société conjugale, dont il déplore la dissolution. « Tout était commun dans la maison; on ne voyait rien que le mari ou la femme pût réclamer comme sa chose propre, à l'exclusion du conjoint. » « Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut fœmina proprium esse juris sui diceret[1]. »

[1] Le passage entier de Columelle (*De re rusticâ*, XII, préface), est trop curieux pour que nous ne le citions pas ici en grande partie :

« Xenophon Atheniensis eo libro, P. Silvine, qui OEconomicus inscribitur, prodidit maritale conjugium sic comparatum esse natura, ut non solum jucundissima, verum etiam utilissima *vitæ societas* iniretur : nam primum quod etiam Cicero ait, ne genus humanum temporis longinquitate occideret, propter hoc marem cum fœmina esse conjunctum : deinde ut ex hac eadem societate mortalibus adjutoria senectutis, nec minus propugnacula, præparentur...

« Tum etiam quod simplex natura non omneis res commodas amplecti valebat, *idcirco alterum alterius indigere voluit :* quoniam quod alteri deest, præsto plerumque est alteri... Erat enim summa reverentia cum concordia et diligentia mixta, flagrabatque mulier pulcherrima diligentiæ emulatione,

Digitized by Google

Comment cette simple et forte organisation de la *puissance*, qui reliait l'existence des époux, a-t-elle dégénéré en une négation? Comment le mariage *libre*, accompagné de la mutation facile du lien conjugal, est-il venu altérer les mœurs sévères de la Rome antique? Cette révolution est trop grave; elle exerça une influence trop décisive sur la société romaine pour ne pas mériter une étude spéciale. Avant d'aborder celle-ci, et pour compléter ce que nous avons à dire de la *manus*, il nous reste à signaler la disparition successive des trois formes sous lesquelles la *puissance* s'adjoignait au mariage légitime.

La loi des Douze Tables donna, comme nous l'avons indiqué plus haut, le moyen d'interrompre l'*usus* par une absence de trois nuits [1]. Cette faculté supposait, avons-nous dit, un mariage valable, légitime, indépendant de la *manus*. Le droit des gens consacrait un mode d'union conjugale par opposition au droit civil, *jus proprium civium Romanorum*.

studens negotia viri cura sua majora atque meliora reddere. *Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus, aut fœmina proprium esse juris sui diceret :* sed in commune conspirabatur ab utroque ut cum forensibus negotiis, matronalis industria rationem parem faceret...

« Nunc vero cum pleræque sic luxu et inertia diffluant, ut ne lanificii quidem curam suscipere dignentur...

« Nihil mirum est, easdem ruris et instrumentorum agrestium cura gravari... Quam ob causam cum in totum non solum exoleverit, sed etiam occiderit vetus ille matrumfamiliarum mos Romanarum atque Sabinarum, necessaria irrepsit villicæ cura, quæ tueretur officia matronæ...»

[1] Mulieris quæ annum matrimonii ergo apud virum remansit, in trinoctium ab eo usurpandi ergo abescit, usus esto.

Aulu-Gelle, livre III, ch. II : « Quintum quoque Mucium jureconsultum dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quæ calendis januariis apud virum causa matrimonii esse cæpisset et ante diem quartum calendas januarias sequentis usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet, quoniam tertiæ noctis posteriores sex horæ alterius anni essent qui inciperet ex calendis. »

Digitized by Google

Dans ce mariage *non rigoureux*, *libre*, la légitimité du contrat est la même, mais les effets sont tout différents. La femme est plutôt prêtée au mari qu'elle ne lui est donnée par le père de famille, qui conserve le droit inaltérable de la revendiquer, puisqu'elle demeure dans sa *famille*. L'épouse conserve son individualité propre; elle demeure étrangère à la fortune de l'époux, à côté duquel elle s'établit, sans partager son sort. Cette individualité, au lieu de se manifester par le concours actif de la femme, égale de l'homme et sa compagne intime, se révèle sous la forme violente de l'indépendance matérielle.

Dans la famille moderne, l'égalité des droits se trouve conciliée avec une communauté indivisible d'existence, qui fond les deux époux dans l'unité conjugale, en faisant accomplir à l'ancienne *manus* un progrès aussi considérable que celui réalisé par la *manus* elle-même, vis-à-vis de la famille orientale. Le mariage *libre* n'empruntait, au contraire, à l'émancipation de la femme qu'un élément de dissolution [1]. La sphère matérielle, dans laquelle ces deux situations se sont développées, a pris l'empreinte de leur essence opposée; d'un côté s'établit la communauté des biens, et de l'autre la séparation des patrimoines, portée au point de rendre les époux passibles l'un vis-à-vis de l'autre, comme des étrangers de l'*actio legis Aquiliæ* [2], pour le préju-

[1] Ce point de vue a été développé d'une manière brillante par Gans dans l'Introduction à l'histoire du droit de succession (Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung).

[2] D. IV, II, *Ad legem Aquiliam*, liv. XXVII, § 30. (Ulpien): « Si cum maritus uxori margaritas extricatas dedisset in usum, ea invito vel inscio viro, perforasset, ut pertusis in linea uteretur, teneri eam lege Aquilia, sive diverterit, sive nupta est adhuc. »

Eod. loc., l. LVI (Paul) : « Mulier si in rem viri damnum dederit, pro tenore legis Aquiliæ convenitur. »

Digitized by Google

dice causé aux objets qui leur appartiennent, au point d'empêcher l'effet des donations entre époux [1].

Tel a été le point culminant de la division de l'existence matrimoniale, fruit du mariage *libre*. Dans les premiers temps qui suivirent la loi des Douze Tables, les mœurs répugnaient à cette division de la maison conjugale : les Romains étaient trop fiers de leur *puissance* pour se rapprocher des *peregrini*. Il fallut, pour amener une application plus fréquente de l'*usurpatio*, le concours de deux influences de nature diverse, mais poussant au même résultat, des rapports plus fréquents avec la Grèce, et des alliances plus nombreuses entre les patriciens et les plébéiens.

La Grèce offrait, dans le régime dotal et dans le relâchement du lien conjugal, un exemple qui dut séduire les Romains, éloignés de leur rusticité première, enrichis par leurs conquêtes. La tradition d'une ambassade en Grèce, pour en rapporter les lois des décemvirs, prouve au moins que déjà, à la fin du troisième siècle de Rome, on commençait à tourner les yeux vers la brillante civilisation d'Athènes ; ces ambassadeurs législatifs n'auraient pas été des Christophe Colomb à la découverte d'un Nouveau-Monde. Les relations de la Grèce et de Rome s'accrurent rapidement, et l'augmentation des richesses conspira avec l'émancipation de l'intelligence pour favoriser l'invasion des habitudes étrangères.

Le vieux Caton ne s'y est point mépris, quand il confondait dans une réprobation commune les prétentions hautaines des femmes et les mœurs de la Grèce [2].

[1] D. XXIV, I, *De donat. int. vir. et ux.*, liv. I. (Ulpien) : « Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. »

Eod., l. III... « Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt... »

[2] Tite-Live, XXXIV, 2, 3, 4 : « Omnium rerum libertatem, imo licentiam desiderant. »

Pline, *H. N.*, XV, 5 : « Græci vitiorum omnium genitores. »

Digitized by Google

D'un autre côté, les unions conjugales entre les deux races, entre les patriciens et les plébéiens, toujours livrés à la jalousie et à la défiance, devaient conduire à généraliser un système qui rapprochait les époux aussi peu que possible, et qui leur réservait à chacun une sphère indépendante d'action dans l'administration de leur fortune.

Ces unions, que la politique des patriciens avait longtemps empêchées, en invoquant l'empire de la religion, durent se multiplier à mesure que cet empire s'affaiblit. La grande révolution morale, dont Cicéron se rendit l'interprète dans ses magnifiques traités *De la nature des dieux* et de la *Divination*, ne fut pas l'œuvre d'un jour. C'est peu à peu que le progrès des richesses et des lumières fit secouer le joug des anciennes superstitions.

Des signes non équivoques signalent cette décadence. Déjà, lors de la première guerre punique, P. Claudius fait jeter à la mer les poulets sacrés, en s'écriant : Qu'ils boivent, puisqu'ils ne veulent pas manger [1], et le vieux Caton s'étonnait que deux augures pussent se regarder sans rire [2]. Le scepticisme de Cicéron n'était donc pas une nouveauté [3].

[1] Quia esse nolunt, bibant. (Valère Maxime, liv. I, ch. IV, 3.)

[2] Vetus autem illud Catonis admodum scitum est, qui mirare se aiebat, quod non rideret aruspex, aruspicem quum vidisset... (Cicéron, *De divin.*, II, 24.)

[3] Dans son Traité de *la divination*, Cicéron dépouille le caractère de l'homme d'Etat, qui profite des erreurs du vulgaire et les fait tourner à l'avantage du pouvoir, pour parler le plus pur langage d'une philosophie élevée. Il fait ressortir nettement le caractère politique des sacrifices et des augures. (Voyez surtout, au livre II, les paragr. 12, 18 et 35.) Nous citerons ici le passage principal, qui semble avoir inspiré Montesquieu :

« Apud veteres qui rerum potiebantur, iidem auguria tenebant, ut testis est nostra civitas, in qua et reges augures, et postea privati, eodem sacerdotio præditi rempublicam religionum auctoritate rexerunt. » *De div.*, I, 40.

Montesquieu termine sa dissertation sur la politique des Romains dans la religion, par ces mots :

Digitized by Google

La tolérance des mœurs trouva, dans l'affaiblissement de l'esprit religieux, un moyen de rapprochement entre les patriciens et les plébéiens ; mais les unions mixtes n'étaient sans doute pas accompagnées des cérémonies solennelles réservées au mariage entre époux d'une noble origine. C'est la forme pratiquée selon le droit des gens qui prévalut, et la loi des Douze Tables formait le moyen d'échapper à l'établissement de la *manus*.

Dès que le recours au *trinoctium* devint plus habituel, l'*usus* dut s'effacer; la facilité d'y échapper équivalait à une sorte d'abrogation, du moment où les mœurs conspirèrent avec l'expédient imaginé par la loi des Douze Tables. Aussi Gaius affirme-t-il que de son temps l'*usus* avait été aboli par les lois, ou effacé par la désuétude [1]. Cicéron en parle encore dans un de ses plaidoyers, ainsi que de la coemption [2].

Mais un passage de l'*Orateur* prouve combien ces vieilles institutions perdaient dans la pratique journalière, combien elles commençaient à présenter une lettre morte [3]. La coemption subsista néanmoins plus longtemps que l'*usus*.

« Les Romains, qui n'avaient proprement d'autre divinité que le génie de la République, ne faisaient point d'attention au désordre et à la confusion qu'ils jetaient dans la mythologie ; la crédulité des peuples, qui est toujours au-dessus du ridicule et de l'extravagant, réparait tout. »

[1] *Inst.*, I, § 112. *Usu* in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat ; nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiæque locum obtinebat ; itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet. *Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.*

[2] *Pro Flacco*, XXXIV : « In manum, inquit, convenerat. Nunc audio. Sed quæro usu, an coemptione ? Usu non potuit. Nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. Coemptione ? Omnibus ergo auctoribus.

[3] *De Orat.*, I, cap. LVI : « Nam neque illud est mirandum, qui quibus

Digitized by Google

Quant à la *confarréation*, elle fut presque toujours confinée dans les familles sacerdotales, dans celles des plus anciens patriciens, *majores gentes*. Les mystérieuses solennités empruntées aux rites étrusques et la difficulté de la dissolution du lien ainsi contracté (*diffareatio*), dissolution qu'il fallait environner des mêmes cérémonies et qui entraînait ainsi la perpétuité du lien conjugal, enfin le scepticisme qui tournait en dérision les formules sacrées, tout se réunit pour rendre de plus en plus rare l'usage de la confarréation. Boëce dit qu'elle finit par ne plus être pratiquée que par les pontifes, *solis pontificibus conveniebat*, et rien ne prouve mieux le déclin de l'institution que le récit de Tacite, sous le règne de Tibère.

De tout temps, dit-il, on a choisi un flamine parmi trois patriciens, nés de parents mariés par *confarréation* : on eut alors de la peine à trouver ce nombre, car l'usage de cette solennité était perdu, ou bien peu de familles l'avaient gardé. Tibère assigna plusieurs raisons à cette désuétude, en outre de la principale, de l'incurie des hommes et des femmes. On devait y ajouter les difficultés de la cérémonie que l'on cherchait à éviter, et l'émancipation de la puissance paternelle, acquise au flamine, et à celle qui tombait sous *la puissance* du flamine. Il était nécessaire de remédier à cet

verbis coemptio fiat, nesciat, eumdem ejus mulieris quæ coemptionem fecerit, causam posse defendere. »

Pro Murena, XII : « In omni denique jure civili æquitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt : ut quia in alicujus libris, exempli causa id nomen invenerant, putarunt, omnes mulieres quæ coemptionem facerent, *Cajas* vocari. »

Entraîné par le besoin de la cause à dénigrer les jurisconsultes, Cicéron se laisse aller ici à un sarcasme, qui ne détruit point la nature et la portée de l'antique formule :

Ubi tu Gajus, ego Gaja.

[1] Pline, *Hist. Nat.*, XVIII, 3 : « In sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat. »

Digitized by Google

inconvénient par un décret ou par une loi, à l'exemple d'Auguste qui sut accommoder à l'usage des temps nouveaux, beaucoup d'institutions empreintes de la rigidité des temps anciens. Après examen des rites religieux, on résolut de ne modifier en rien l'état des flamines. Mais une loi fut rendue, en vertu de laquelle la prêtresse de Jupiter ne fut plus sous la puissance maritale, qu'en ce qui concernait le culte, conservant pour tout le reste le droit commun des femmes[1].

La confarréation n'était donc qu'une ruine antique au temps de Tibère, et les femmes redoutaient tellement cette *manus* qu'elles avaient toutes subie jadis, elles tenaient si passionnément à leur liberté civile, qu'il fallut modifier la portée légale de la puissance du mari, dans l'union sacerdotale, contractée selon le rite religieux de l'Etrurie.

Le mariage *libre* était une exception durant les cinq premiers siècles de Rome ; il envahit plus tard toute la société conjugale.

Les jurisconsultes conservèrent les vestiges de l'ancienne institution de la *manus*, qui ne fut plus qu'un souvenir aux temps de Justinien.

Pour nous résumer, nous dirons qu'avant la loi des Douze

[1] *Annal.*, IV, 16 : « Nam patricios, confarreatis parentibus genitos, tres simul nominari, ex quibus unus legeretur, vetusto more ; neque adesse ut olim eam copiam, *omissa confarreandi assuetudine aut inter paucos retenta :* pluresque ejus rei causas afferebat ; potissimam penes incuriam virorum, feminarumque. Accedere ipsius cærimoniæ difficultates, quæ consulto vitarentur, et quando exiret ex jure patrio qui flaminium apisceretur, quæque in manum flaminis conveniret. Ita accedendum senatus decreto aut lege ; sicut Augustus quædam ex horrida illa antiquitate, ad præsentem usum flexisset. Igitur tractatis religionibus, placitum instituto flaminum nihil demutari. Sed lata lex, qua flaminica dialis, sacrorum causa, *in potestate viri*, cetera promiscuo feminarum jure ageret. »

Voyez aussi Gajus, *Inst.*, I, 112, Ulpien, *Fr.* IX.

Digitized by Google

Tables, la *puissance* était toujours acquise, chez les citoyens romains, au mari sur la femme. Cette puissance dérivait ou du lien religieux (*confarreatio*), ou du lien civil (*coemptio, usus*). Mais comme elle ne tenait pas à l'essence du mariage, on put l'en séparer. La distinction fut d'abord faite dans les mariages pour lesquels la puissance venait s'ajouter, seulement au bout d'une année, à l'union matrimoniale. L'absence de trois nuits, inscrite dans la loi des Douze Tables, permit d'interrompre l'usucapion; dès lors le mariage sans *la manus*, le mariage *non rigoureux, libre*, put s'établir d'une manière permanente. Il flattait les goûts d'indépendance de la femme, il empêchait la confusion intime des plébéiens et des patriciens, il facilitait le divorce; cette forme se généralisa donc peu à peu et absorba la vieille sévérité des mœurs conjugales dans un relâchement inouï.

Si l'on veut adopter une classification, pour le mariage romain, on y reconnaîtra deux catégories principales : le mariage *rigoureux* (avec la *manus*) entraînant la confusion des patrimoines, et mettant la femme au rang des héritiers siens, et le mariage sans la *manus*, *non rigoureux, libre*, qui laisse la femme en dehors de la famille du mari et rompt aussi, par conséquent, les liens civils entre elle et ses enfants.

Le mariage *rigoureux* se subdivise en mariage *religieux* et *civil*, et ce dernier affecte deux formes, l'*achat* et l'*usucapion*.

Le mariage *non rigoureux* donne naissance au *régime dotal*.

Alors que les deux institutions de la *manus* et du mariage *libre* coexistaient, la langue du droit adopta deux termes différents pour distinguer les deux espèces de femmes légitimes, *uxores*, d'après la nature de leurs relations matrimoniales. L'épouse en *puissance* se nomme *materfamilias;*

*

Digitized by Google

l'épouse affranchie de la puissance conserve le nom générique d'*uxor*, on l'appelle aussi *matrona*.

Deux textes célèbres de Cicéron [1] et d'Aulugelle [2], et le beau travail que M. Troplong a consacré au mariage chez les Romains [3], nous dispensent d'insister sur cette question.

L'organisation primitive de la famille romaine reposait sur l'unité et l'indissolubilité presque complète du lien conjugal; c'est pourquoi l'idée, imparfaite encore et mutilée dans l'application, mais absolue comme principe, de la communauté des biens, dut y prendre place. Les biens de la femme se confondaient avec ceux du mari; si elle mourait la première, la position matérielle de la maison conjugale ne changeait point, car tout appartenait au chef. Si elle survivait à son époux, elle prenait place parmi les héritiers siens.

Cette harmonie du droit primitif fut troublée, du moment où le *divorce* arbitraire remplaça la répudiation pour cause rigoureusement déterminée, pour crime de la femme. Les

[1] Topic., III : « Si ita Fabiæ pecunia legata est a viro, si ea UXOR MATERFAMILIAS esset; si ea in MANUM non convenerat, nihil debetur. » GENUS ENIM EST, UXOR: ejus DUÆ FORMÆ, una matrumfamilias earum, quæ in manum convenerunt, altera earum quæ tantummodo uxores habentur: qua in parte quum fuerit Fabia, legatum ei non videtur.

[2] *Noct. Att.*, XVIII, 6... : « Sed *matronam* non esse appellatam nisi quæ semel peperit, neque *matremfamilias* nisi quæ sæpius, nullis veterum scriptorum auctoritatibus confirmari potest. Enimvero illud impendio probabilius est, quod idonee vocum *antiquarum* enarratores tradiderunt, *matronam* dictam esse proprie, quæ in matrimonium cum viro convenisset, quoad in eo matrimonio maneret, etiamsi liberi nondum nati forent; dictamque esse ita a matris nomine, non adepto jam, sed spe et omine mox adipiscendi: unde ipsum quoque matrimonium dicitur; *matrem* autem *familias* appellatam esse eam solam, quæ in mariti manu mancipioque, aut in ejus, in cujus maritus, manu mancipioque esset; *quoniam non in matrimonium tantum*, sed in *familiam* quoque mariti, et in *sui hæredis* locum venisset. »

[3] *Revue de législation et de jurispr.*, 1844, t. XXI, p. 129, et surtout p. 143 et suivantes.

Digitized by Google

jurisconsultes durent alors venir en aide à l'épouse dont le mari aurait conservé le patrimoine, en la renvoyant; l'équité ne permettait pas qu'elle fût dépouillée, quand ce ne fut plus sa culpabilité, mais un caprice du mari, qui décida la dissolution du mariage. La séparation éventuelle des patrimoines dut être organisée en prévision de la séparation éventuelle des époux. C'est le divorce qui donna naissance au régime dotal, et qui devint le pivot de la législation nouvelle, assise sur les débris de la *manus*, et appelée à régir la société conjugale.

L. Wolowski.

Digitized by Google

ÉTUDES

SUR

LES RÉDACTEURS DU CODE NAPOLÉON[1].

INTRODUCTION.

I. Rien de ce qui peut contribuer à faire mieux connaître le Code civil ne doit être négligé, puisqu'il est le monument le plus important de notre législation, et que, malgré les critiques dont il peut être justement l'objet en quelques points isolés, il ne reste pas moins, en dépit des sévères appréciations d'outre-Rhin, l'œuvre de codification la plus utile et la plus sage qui ait jamais été accomplie.

Le Code civil, considéré dans l'ensemble des principes qui lui servent de base, consacre les conséquences de l'égalité civile des personnes, ainsi que celles de l'affranchissement du sol, et ses dispositions n'ont pas encore vieilli sous ce double rapport; car, si quelques-unes des règles qu'il pose sur le régime de la propriété ne sont plus en rapport avec l'état économique de notre société, surtout en ce qui touche la propriété mobilière, c'est moins à lui qu'il faut s'en prendre, qu'aux circonstances politiques et au développement industriel qui ont si fortement influé sur notre situation sociale.

Les alarmes des savants, qui craignaient que la codifica-

[1] Ce fragment a été communiqué à l'Académie de législation de Toulouse.

Digitized by Google

tion des lois civiles n'arrêtât l'élan des travaux de doctrine et n'immobilisât, pour ainsi dire, la science du droit, ne pouvaient être prises au sérieux : eussent-elles été fondées, le mal eût été largement compensé par les avantages que la simplification de notre législation procure à l'ensemble des citoyens, par une connaissance plus facile et dès lors plus exacte de leurs obligations et de leurs droits. Mais le fait lui-même a démenti ces appréhensions ; l'utilité sociale a marché de pair avec les intérêts de la science, et il devait en être ainsi. Portalis disait, en effet, avec toute raison : « C'est par les *principes généraux*, par la *doctrine*, par la « *science du droit*, qu'on a toujours prononcé sur la plupart « des contestations. *Le Code civil ne dispense pas de ces con-* « *naissances* ; AU CONTRAIRE, IL LES SUPPOSE. »

II. Au nombre des éléments d'interprétation du Code civil, figurent avec honneur ce qu'on est convenu d'en appeler les *travaux préparatoires*.

Cette qualification comprendrait, à la rigueur, tous les travaux qui ont *préparé* le Code civil, soit avant, soit depuis la Révolution.

Or, sans parler des premiers, auxquels se rattachent les noms de Charles VII, Louis XI, Henri III, Louis XIII, Louis XIV et Louis XV, et ceux de Lamoignon, Domat, d'Aguesseau, Pothier, travaux qui ne sont qu'historiques et préparatoires de loin, on ne comprend pas même, *d'ordinaire*, sous cette qualification, tous ceux qui ont été accomplis depuis la Révolution, et desquels notre Code civil est plus ou moins directement issu.

Ainsi, l'on sait qu'en 1790 la Constituante décréta qu'il serait fait *un Code général de lois civiles, simples, claires et appropriées à la Constitution, et communes à tout le royaume* (L. 16-24 août 1790, tit. II, art. 19. — Constit. 3 sept. 91,

Digitized by Google

tit. I). Jusqu'en 1800, diverses tentatives furent faites, soit par la Convention, soit par le Conseil des Cinq-Cents, soit même par la Commission qui, après le 18 brumaire, représenta provisoirement le Conseil des Cinq-Cents : ces tentatives consistèrent dans les trois projets de Cambacérès des 9 août 93, 23 fructidor an II et 24 prairial an IV, et dans celui de Jacqueminot du 30 frimaire an VIII. Ces divers projets ne sont pas généralement compris parmi les travaux préparatoires (voy. cependant le *Recueil* de M. Fenet).

On considère que ce ne fut qu'à dater de l'arrêté consulaire du 24 thermidor an VIII, qui institua la célèbre Commission de rédaction du projet de Code civil, que l'œuvre fut sérieusement entreprise, pour être terminée quatre ans après, par la loi du 30 ventôse an XII.

Or, l'on n'ignore point que le Code fut élaboré et décrété selon les formes établies par la Constitution de l'an VIII, modifiées par l'établissement du système de la *communication officieuse* au Tribunat, rendue nécessaire par les oppositions que rencontra d'abord le premier Consul dans l'accomplissement de son œuvre, et qui motivèrent son sévère message du 12 nivôse an X.

D'après cela, voici la *préparation prochaine* d'où sortit le Code civil :

1° Projet élaboré par une Commission composée de *Tronchet*, *Bigot-Préameneu* et *Portalis*, avec *Malleville*, adjoint comme secrétaire;

2° Communication de ce projet aux tribunaux de cassation et d'appel;

3° Présentation du projet et des observations des tribunaux au Conseil d'État, dont la section de législation était composée de *Boulay de la Meurthe*, *Berlier*, *Emmery*, *Portalis*, *Réal* et *Thibaudeau*;

Digitized by Google

4° Examen du projet par cette section de législation ;

5° Discussion sur le projet ainsi examiné, dans l'Assemblée générale du Conseil d'État, à laquelle prirent part ceux des commissaires consulaires qui n'étaient point conseillers d'État ;

6° Communication officieuse au Tribunat ;

7° Présentation du projet au Corps législatif, par deux conseillers d'État, dont l'un en exposait les motifs : *Bigot-Préameneu*, *Berlier*, *Emmery*, *Portalis*, *Thibaudeau*, *Treilhard*, *Réal*, *Galli* furent les *orateurs du gouvernement ;*

8° Examen officiel du Tribunat, d'abord dans la section de législation, et ensuite en assemblée générale ;

9° Rapport du Tribunat au Corps législatif : *Carion-Nisas*, *Chabot*, *Duveyrier*, *Faure*, *Favard*, *Gary*, *Grenier*, *Siméon*, *Tarrible*, etc., furent les principaux orateurs du Tribunat ;

10° Discussion entre les orateurs du gouvernement et les tribuns, devant le Corps législatif, et vote de la loi.

Tels sont les *travaux préparatoires* proprement dits : néanmoins, nous pensons que les projets Cambacérès et Jacqueminot doivent y être joints, parce que l'arrêté consulaire qui convoqua la Commission primitive de rédaction ordonnait au ministre de la justice de remettre ces projets aux commissaires, et faisait un devoir à ceux-ci de *comparer* l'ordre suivi dans leur rédaction, de déterminer le plan qu'il paraîtrait le plus convenable de suivre, et de discuter *ensuite* les principales bases de la législation civile.

III. Ces divers travaux préparatoires ayant été mis en lumière et à la portée de tous ceux qui ont voulu les consulter, on s'est demandé de quel secours ils peuvent être pour l'interprétation du Code.

Digitized by Google

Il s'est formé à ce sujet des opinions diverses, mais également exagérées.

Les uns ont voulu tout y trouver; ils ont saisi presque à la volée une observation, un mot *lancé* dans une discussion, plutôt que *prononcé avec réflexion* et en en mesurant la véritable portée, et cette parole, étonnée pour ainsi dire elle-même d'avoir une si grande valeur, s'est trouvée quelquefois érigée en juge suprême de très-grands intérêts et invoquée comme la clef de très-réelles difficultés d'interprétation. Que telle pût être l'opinion de M. Locré, dont l'*esprit personnel* a si bien tâché de faire ressortir des discussions du Conseil d'État et du Tribunat ce qu'il appelle l'*esprit du Code civil*, c'est ce qui ne doit point surprendre; mais il y a évidemment là une exagération qu'il faut combattre. Le Conseil d'État, moins nombreux que nos *Chambres*, *Assemblées* ou *Corps législatifs*, dont il n'avait pas d'ailleurs les attributions, et composé d'hommes tous expérimentés en quelque spécialité, avait sans doute des séances plus graves que telles autres que nous avons vues de ces divers corps; qu'il y eût moins de discussions oiseuses et d'opinions hasardées, c'est ce qui n'est pas contestable; mais, de grâce, que ceci ne nous fasse pas oublier que le Conseil d'État, si respectable fût-il, n'était cependant composé que d'hommes, de nature faillible..... Rappelons-nous que, là où deux hommes seulement se rencontrent, il y a positivement le germe d'une diversité d'opinions; que dans toute conversation à laquelle plusieurs personnes prennent part, il s'écoule peu d'instants sans quelque *interruption*, *à-parte*, *protestation*, qui, même entre gens de bonne compagnie, peuvent bien n'être ni l'expression de la vérité, ni celle de la majorité des interlocuteurs: en était-il donc autrement, il y a cinquante ans?

Digitized by Google

Mais, d'un autre côté, gardons-nous d'une exagération en sens inverse. M. de Savigny, dans sa célèbre brochure *sur la vocation de notre siècle pour la législation et la jurisprudence*, publiée en réponse à Thibaut dans leur querelle sur la *codification*, après avoir reproché au Conseil d'État la faiblesse de ses discussions sous le rapport de la science, et rudement signalé l'insuffisance des connaissances historiques des hommes qui prirent part à la rédaction du Code civil, conclut par cette sentence si connue par son injustice et sa sévérité : « Les jurisconsultes romains étaient des hommes « du métier (*Mœnner vom Fach*), mais les rédacteurs du « Code civil et les conseillers d'État parlent et écrivent « comme des *dilettanti* (*Reden und schreiben wie Dilettanten*) [chap. VII, pag. 72 de l'édit. allem.]

Ceci ressemble évidemment, dans le plaidoyer du savant ennemi de la codification, à ces paroles brûlantes et passionnées que l'avocat se permet quelquefois contre sa partie adverse, au détriment de la charité, de la justice et des convenances. Pour reconnaître, en effet, l'inexactitude de ce jugement, il suffit d'avoir fait la moindre étude sur l'interprétation de nos Codes : on sera convaincu qu'on peut trouver dans les travaux préparatoires, sainement employés, de très-vives lumières pour fixer le sens et la portée d'un grand nombre de dispositions de la loi.

Le tout est donc de savoir étudier ces sources : on doit considérer l'ensemble du travail de préparation sur le point à élucider, et ne pas voir la pensée du législateur, être moral et collectif, dans un simple fragment ou une observation incidente émise dans le cours d'une discussion; sans cette précaution, on ressemblera à ces hommes qui, aimant à donner à leurs opinions ou à leurs ouvrages le vernis toujours si brillant qui ressort des lois romaines, vont puiser

Digitized by Google

au hasard, dans quelque table alphabétique ou répertoire, un *texte isolé* qui leur paraît *faire pour eux* (*pro me facit*), tandis que dans l'*ensemble* de la doctrine du jurisconsulte auquel il appartient ce fragment peut être indifférent pour le point auquel on le rapporte, s'il ne lui est pas même directement contraire. User des travaux préparatoires avec si peu de discernement, c'est s'exposer sciemment à des erreurs considérables et à des contradictions presque inévitables ; c'est renouveler la singulière aventure de ce controversiste américain, qui abusait de divers passages isolés des saintes Écritures, et auquel le vénérable cardinal de Cheverus, alors évêque de Boston, trouva moyen de prouver par l'Évangile, avec une impérieuse ironie, qu'il devait aller se pendre, en rapprochant le texte où il est dit de Judas : *laqueo se suspendit* (Math. XXVII, 5), et celui où N. S., après avoir raconté la belle parabole du Samaritain, finit en disant : *Vade et fac similiter* (Luc. X, 37).

Il faut surtout se souvenir, en employant des travaux préparatoires, que le Code civil a été une œuvre de transaction non-seulement, comme on le dit le plus ordinairement, entre le droit écrit et les coutumes, mais encore entre ce qu'on est convenu d'appeler la *théorie* et la *pratique*, et surtout entre l'ancienne société et la nouvelle, issue de la Révolution.

Or, on peut, sur chaque matière, faire, à ces divers points de vue, des investigations et des recherches pleines d'intérêt, qui servent merveilleusement à l'interprétation des textes.

IV. Ce n'est pas toutefois dans cette direction que nous voulons pousser actuellement nos études; plusieurs ouvrages spéciaux sur les travaux préparatoires nous ont précédé dans cette voie.

Digitized by Google

Mais il nous a paru qu'il pouvait être utile de faire, pour ainsi dire, connaissance avec la *personne* même des rédacteurs du Code, ou du moins des principaux d'entre eux; d'apprécier, d'après leurs antécédents civils et politiques, l'esprit qui a dû les diriger, et de faire ainsi la part qui revient aux divers principes dont ils furent les représentants et les organes.

Il n'est pas à notre connaissance qu'une telle étude ait encore été faite ou publiée, et peut-être fournira-t-elle un moyen nouveau d'éclairer plusieurs théories plus ou moins sujettes encore à controverse.

V. Dans ce but, nous essayerons d'abord de jeter un coup d'œil général sur l'ensemble si bigarré que présente la réunion d'individus différant entre eux, soit par le caractère, soit par la direction des études, soit par l'action qu'ils ont prise à la Révolution et à ses actes les plus importants, soit par les pays de législation diverse auxquels ils appartinrent.

Après cela, nous entrerons dans les détails, sur chacune des grandes questions de principe soulevées dans la discussion du Code, nous examinerons avec critique les discours et opinions, et les événements qui ont suivi la promulgation du Code expliqueront plus d'une tendance d'abord cachée et mise plus tard en lumière.

Voilà l'objet de cet écrit.

VI. Mais, on le sent, nous sommes évidemment obligé d'opérer un choix ou une élimination parmi les hommes qui concoururent à la confection du Code.

D'abord, quelle qu'ait été l'influence du Tribunat sur la rédaction définitive de nos lois civiles, comme il s'agit pour nous de faire une étude des personnes qui ont *parlé*, le nombre des orateurs du Tribunat a été si multiplié, que

Digitized by Google

nous ne pouvons, quant à eux, entrer dans des détails; nous réserverons pour la fin de notre travail de présenter des observations générales sur la portée qu'a eue la participation des tribuns à l'action du pouvoir législatif, sous la constitution de l'an VIII.

De plus, dans le Conseil d'Etat lui-même, nous devons encore procéder par choix, et il nous paraît exempt d'arbitraire en y comprenant, 1° le *premier* et le *second consul* qui le présidèrent et qui apportèrent dans la discussion, l'un, *Napoléon Bonaparte*, le tribut du génie; l'autre, *Cambacérès*, beaucoup de tact et d'expérience; 2° les membres de la Commission consulaire chargée de la rédaction du projet primitif, *Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis* et *Malleville;* 3° ceux de la section de législation du Conseil d'Etat, *Boulay* (de la Meurthe), *Berlier, Emmery, Réal* et *Thibaudeau;* 4° enfin les orateurs du gouvernement autres que ceux déjà nommés, *Treilhard* et *Galli*; en tout *treize noms.*

CHAPITRE PREMIER.

Coup d'œil général sur le personnel des rédacteurs du Code civil.

I. Qu'on nous permette ici de recourir à une fiction, qui, quoique invraisemblable, nous offre un moyen assez commode pour présenter, sous forme de récit, le tableau d'*ensemble* sur la *galerie* des hommes d'Etat qui doivent nous occuper dans ce travail.

Nous supposant donc voyageur à Paris, il y a cinquante ans, nous venons dire que, spectateur privilégié, il nous a été donné d'assister à quelques-unes des graves conférences où furent élaborées nos lois civiles, et c'est comme une sorte d'*impression* de voyage que nous communiquons au

Digitized by Google

lecteur en lui racontant ce que nous avons pu voir, apprendre et recueillir à l'occasion de ces précieuses visites.

II. Il nous a donc été donné de voir ces législateurs sur leurs siéges, et leur aspect nous a frappé ; ils appartenaient tous, par leur âge, à cette période de la vie où l'intelligence est dans toute sa force et où la pratique, la connaissance des hommes et des choses ont pu modifier et facilement tempérer ce que la jeunesse, amante des théories absolues, aurait pu concevoir et embrasser de trop tranchant dans la rédaction de nos lois civiles.

Sur les *treize* hommes d'élite que nous avons vus à l'œuvre, *quatre*, Berlier, Boulay de la Meurthe, Réal et Thibaudeau, étaient âgés de *trente* à *quarante* ans ; *deux* autres, *Cambacérès* et *Emmery*, de *quarante* à *cinquante*; *quatre* autres, Bigot-Préameneu, Malleville, Portalis et Treilhard, de *cinquante* à *soixante*, et Galli, le savant Piémontais, avait plus de *soixante-cinq* ans. Mais, on le voit, dans cette statistique des âges, nous n'avons pas cependant encore mentionné les deux hommes les plus considérables de la réunion. Le premier, autour duquel gravitaient tous les autres comme des satellites, c'était Napoléon Bonaparte ; le second, dont les paroles et les opinions étaient toujours écoutées avec respect et déférence, c'était Tronchet ; or, ils occupaient les deux extrémités de l'échelle des âges; l'un comme l'Achille, l'autre comme le Nestor du Conseil d'État : il semble que le Ciel ait voulu que les deux influences principales dans ces délibérations pussent mutuellement s'équilibrer, et que les pensées d'un génie de trente ans eussent pour contre-poids la sagesse d'un jurisconsulte septuagénaire.

III. Mais, passons à d'autres détails.

La tâche de codifier nos lois civiles n'était pas, on le sait,

Digitized by Google

chose facile; et s'il y avait de l'honneur à y travailler, la charge n'en était pas moins lourde à porter. Il fallait pour cela des esprits élevés et pourtant rompus aux affaires; des hommes de science et de travail, connaissant les législations diverses de la France, pouvant les juger et choisir; des hommes enfin de progrès et d'avenir, mais qui n'eussent perdu ni la mémoire ni un sage respect du passé.

Pour savoir si nos conseillers réunissaient toutes ces conditions, leur vue seule ne pouvait nous suffire, et faisant alors ce que chacun se permet à l'occasion de quelque homme important qu'il lui est donné de voir ou d'approcher, nous sommes allé aux informations auprès des *ciceroni* les plus accrédités, et voici, sous toutes réserves, le résultat des renseignements que, curieux voyageur, nous avons pu recueillir d'eux[1].

Remarquons cependant, une fois pour toutes, avant de continuer notre récit, que nous laisserons le premier Consul en dehors de notre cadre général et de nos appréciations actuelles; nous aurons assez à en parler plus tard; puisqu'il ne s'agit ici que d'un coup d'œil d'ensemble, qu'avons-nous besoin de dire à son sujet ce que personne n'ignore? On sait combien sa place était élevée parmi ces hommes remarquables. Son génie lui faisait dominer les discussions les plus ardues, et dans le conflit des argumentations il discernait et choisissait le mieux avec un tact et un sens profond, qui n'ont subi quelques nuages que dans de rares occasions... Quoi qu'il en soit, la tête du Conseil d'Etat était bien ce qu'il la fallait pour diriger et éclairer

[1] Nos renseignements ont été puisés aux meilleures biographies et dans divers ouvrages modernes : nous mentionnons volontiers la récente *Histoire du Conseil d'Etat*, par M. Regnault.

Digitized by Google

ses importants travaux, et le *Code civil* est bien vraiment le *Code Napoléon.*

Maintenant descendons quelques degrés et arrêtons-nous sur les *douze* conseillers qui marchaient sous l'impulsion de cet illustre chef et travaillaient à sa suite.

IV. Si l'on veut être, avant tout, renseigné sur l'aptitude de nos législateurs sous le rapport de l'élévation et de la sagesse des idées, sous celui de la science et des habitudes laborieuses, voici quelques détails qui ne nous paraissent pas entièrement dénués d'intérêt.

Réal, Berlier et Thibaudeau, les plus jeunes d'entre eux, au caractère plus ou moins exalté, offrent des types très-fortement accentués. On dit que les deux premiers ont quelquefois été trop loin, soit dans la discussion de diverses lois examinées dans les assemblées de la Révolution, soit en provoquant des mesures exceptionnelles et exagérées ; mais l'intégrité de Berlier dans les magistratures qu'il exerça et l'influence modératrice de Thibaudeau, après le 9 thermidor, viennent adoucir la vivacité de ces premiers traits.

Cambacérès et Treilhard, esprits souples et habiles, tâchaient de ne pas se compromettre. Touret a dit du dernier : « Il a des ressources dans l'esprit qui le sauveraient de l'enfer. » Mais, on le sait, les plus habiles se trompent par occasion, et la suite dira si quelques opinions émises dans la discussion du Code civil par ces hommes si politiques, justifient ou non les appréhensions qu'on pourrait concevoir pour eux, d'après ces dispositions.

Bigot-Préameneu, Malleville et Galli avaient agi jusqu'en l'an VIII en commun. Sages, modérés, exacts et appliqués : si la prudence fut l'art de leur vie, ce fut la droite prudence du sens moral et non celle de l'astuce et de l'intrigue.

Et tous ces conseillers, dont nous venons d'indiquer

Digitized by Google

quelques traits de caractère, brillaient d'ailleurs à des titres divers par la science et le talent : l'un, comme Thibaudeau, était orateur distingué; les autres, comme Cambacérès, Malleville, Galli et Bigot, jurisconsultes profonds et instruits; plusieurs étaient écrivains de mérite et même académiciens zélés.

Mais parlons surtout d'Emmery, Boulay de la Meurthe, Portalis et Tronchet.

Quant au premier, Emmery, voici ce qu'après le 18 brumaire, Regnault de Saint-Jean-d'Angely écrivait de lui au premier Consul : « Emmery réunit à des connaissances étendues en législation et en administration, le patriotisme le « plus vrai, une grande inflexibilité de principes, beaucoup « de courage, une âme élevée et les talents de l'orateur. »

Boulay de la Meurthe a laissé un souvenir d'intégrité, d'instruction très-variée et de profondes connaissances politiques; les travaux imprimés qu'on a de lui fournissent en sa faveur d'irrécusables témoignages.

Voici maintenant les deux hommes vénérés qui, avec le premier Consul, sont bien les vrais créateurs de notre Code immortel,—Portalis et Tronchet.

Portalis avait l'élévation d'esprit que donne une âme honnête et religieuse ; il avait, en présence d'événements qui changeaient l'ordre politique de la société, cette sagesse qui ne rend ni injuste envers le passé, ni hostile aux progrès de l'avenir ; il était doué d'une fermeté que les abus trouvaient inflexible et que l'injustice ne put entamer; intelligence éclairée, jurisconsulte habile, orateur éminent, philosophe chrétien, laborieux, enfin, jusqu'à en devenir aveugle : telles furent les dispositions qu'il apporta, comme mise de fonds, au travail commun de la codification.

Tronchet fut l'un des défenseurs de Louis XVI; c'en est

Digitized by Google

assez pour dire son courage ; mais il faut surtout constater l'immensité et la variété de ses connaissances, sa ténacité au travail qu'il ne cessait pas même dans le bain, sa haute et sévère raison, son amour des difficultés pour se jouer avec elles, le tout concilié avec le facile commerce des muses ; il faut dire enfin le double hommage qu'il a reçu de Mirabeau et du premier Consul : Mirabeau, qui l'appelait le *Nestor de l'aristocratie*, présidant un jour l'Assemblée nationale, disait : « Messieurs, veuillez faire silence : M. Tronchet parle, et il n'a pas autant d'organe que de science... » Le premier Consul, qui n'ignorait pas le peu de sympathie personnelle de Tronchet pour lui, a néanmoins rendu haute justice à ses éminentes qualités, dans deux circonstances solennelles : ainsi, il lui donna, en l'an IX, son suffrage constitutionnel pour l'élever au Sénat, en déclarant Tronchet *le premier jurisconsulte de France*; et lorsque, dans la solitude suprême de l'exil, Napoléon dictait ses jugements sur les hommes qui l'avaient entouré, il formulait ainsi son opinion sur celui qui nous occupe : « Tronchet était l'âme du Conseil « d'Etat; il avait un esprit éminemment profond et juste. »

Sous un premier rapport, celui du caractère et de l'esprit de nos législateurs, nous voilà donc renseignés.

V. Mais ces hommes n'étaient-ils pas seulement des théoriciens habiles, et n'y avait-il pas à craindre de voir sortir de leurs mains un Code à idées abstraites, comme on l'eût façonné pour des peuples de civilisation nouvelle?

Dieu gardait la France d'un tel malheur : ces idées abstraites, les plans préconçus et bien symétriques, les déductions rigoureuses sont l'opposé de ce qui doit guider le législateur et le jurisconsulte : pour eux, il n'y a d'absolu que les grandes règles de justice et de charité, dont ils ne peuvent se départir qu'au détriment de leur conscience et

Digitized by Google

des véritables intérêts du peuple; mais, hors de là, rien d'absolu dans les législations positives. Un écrivain qui, à travers des doctrines dont la vérité est souvent contestable, a cependant écrit et bien écrit quelques sages pensées, a dit avec exactitude : « Le droit, c'est la vie. » Or, qu'y a-t-il de plus mobile que les relations habituelles de la vie? Le même fait peut, d'après les circonstances où il se reproduit, présenter mille nuances diverses, et le tact du jurisconsulte comme du magistrat consiste à savoir les distinguer et les saisir. La mission du législateur est la même : il doit aussi bien voir la vie et la réglementer en l'appréciant telle qu'elle est, c'est-à-dire comme la chose la plus réelle possible, et non pas comme un assemblage de quantités mathématiques, qu'on place ou déplace à son gré, sans qu'elles aient à pousser le moindre gémissement.

Ce fut donc, quoi qu'on en ait dit, une qualité précieuse pour les rédacteurs du Code d'être des hommes *pratiques*, plutôt que de grands théoriciens. Nous conviendrons, sans peine, qu'ils n'étaient pas subtils comme un Proculéien; que, dans telle ou telle occasion, on pût leur reprocher d'avoir négligé des données scientifiques assez importantes, d'avoir manqué aux procédés de méthode qui leur auraient fait éviter plusieurs écueils ; mais ceci est exceptionnel, et nous aimons mieux un Code de lois bien pratiques, avec quelques taches, qu'un exposé de règles plus ou moins théoriques, dans lesquelles la vie civile eût dû s'enchâsser comme dans le lit de Procuste, et qui n'auraient point eu de durée : Platon n'est pas législateur.

Nos douze rédacteurs principaux du Code étaient donc des hommes *positifs*.

Tous, en effet, avaient exercé, avant la Révolution, la profession d'avocats plaidants ou consultants : Réal, même,

Digitized by Google

avait été procureur, et Emmery, ainsi que Tronchet, étaient nés l'un et l'autre dans une étude de procureur ; mais les plus éminents d'entre eux, comme avocats, étaient Treilhard, Portalis et Tronchet.

Treilhard possédait à Paris une belle et riche clientèle; Portalis jouissait à Aix, pour ses plaidoyers et ses mémoires, d'une considération et même d'une célébrité bien méritées; on sait, notamment, sa lutte avec Mirabeau dans le déplorable procès de ce dernier contre sa femme. Quant à Tronchet, il était surtout avocat consultant, à cause de la faiblesse de son organe; mais son cabinet était comme le sanctuaire de la justice ou l'arsenal des plaideurs : Gerbier recourait, dit-on, souvent à lui, et il fut, aussi bien par le savoir que par le titre, bâtonnier de l'ordre dont il faisait l'orgueil.

Le barreau avait amené, comme cela est justice et presque habitude, la plupart de ces hommes à des fonctions judiciaires ou administratives, soit avant, soit depuis la Révolution : or, si l'exercice de la profession d'avocat fait connaître à fond tous les détails de la vie civile, et fournit aux esprits exercés les moyens de se tirer de ses diverses péripéties avec plus ou moins de prestesse et de bonheur, on y contracte quelquefois l'habitude de voir partout une raison de douter, une objection à faire, et, tant que la conscience n'est pas intéressée, l'avocat sait souvent trouver de bonnes raisons pour et contre la même thèse. Les fonctions de l'administration et de la magistrature ont, au contraire, l'avantage de forcer incessamment l'homme qui les exerce, à prendre un parti ; il étudie sans doute avant de prononcer; il écoute, réfléchit; mais, enfin, il doit prononcer. Aussi a-t-il été bien avantageux pour la rédaction du Code que *neuf*, sur les *douze* hommes qui nous occu-

Digitized by Google

pent, eussent exercé ou exerçassent encore des fonctions plus ou moins élevées dans l'administration et surtout dans la magistrature. Cambacérès et Galli appartenaient à l'ancien ordre judiciaire et furent aussi décorés des insignes du nouveau ; le premier, comme président du tribunal criminel de l'Hérault et puis comme élu au tribunal de cassation; le second, comme président du tribunal d'appel de Turin ; Boulay de la Meurthe fut successivement juge, président et accusateur public à Nancy; Treilhard, président du tribunal criminel et ensuite du tribunal d'appel de Paris; Bigot, Berlier, Emmery, Malleville, Tronchet appartinrent au tribunal de cassation à des titres divers ; le dernier, notamment, en qualité de président des trois sections de ce tribunal suprême.

Ce n'est pas tout ; non-seulement nos législateurs avaient l'expérience des affaires comme avocats, jurisconsultes, magistrats, mais encore la plupart d'entre eux avaient celle de la législature, comme ayant participé aux travaux de plusieurs des Assemblées souveraines qui se succédèrent pendant cette période de la Révolution, de 1789 à la constitution de l'an VIII. La Constituante était représentée par Tronchet, Treilhard et Emmery; l'Assemblée législative par Bigot; la Convention, par Berlier, Cambacérès, Treilhard et Thibaudeau; le Conseil des Anciens, par Tronchet, Malleville et Portalis ; les Cinq-Cents, par Berlier, Cambacérès, Boulay, Emmery, Treilhard et Thibaudeau, qui y fut élu par trente-deux départements ; enfin, la Commission provisoire elle-même, qui prépara la Constitution de l'an VIII, posséda Boulay de la Meurthe.

Telles sont les dispositions *pratiques* que présente l'ensemble des hommes importants que nous voulions connaître.

VI. Est-ce assez de renseignements sur leur compte, et

Digitized by Google

pouvons-nous maintenant examiner à l'aise le détail de leurs travaux ? Non, il manque encore quelques traits.

Reprenant notre fiction d'un voyage à Paris il y a un demi-siècle, nous nous y sommes trouvé, homme du Midi, avec notre attachement au droit écrit, en présence des Français du Nord et de leurs coutumes, au chef-lieu du territoire régi par la principale d'entre elles. On sait que, encore aujourd'hui, quoique la loi soit uniforme pour toute la France, les institutions septentrionales ne font chez nous que de rares et lents progrès; parce que nous tenons fortement, et c'est bien naturel, aux lois et aux usages d'après lesquels les familles et la propriété se sont organisées dans notre contrée. Qu'on juge, d'après cela, de notre sollicitude sur le sort qui était réservé au droit romain, modifié d'après la jurisprudence de nos parlements, et sur l'issue de sa lutte inévitable avec le droit coutumier.

Inquiet sous ce rapport, il nous a fallu savoir quels étaient au moins les représentants des pays de droit écrit dans la docte assemblée : la géographie de l'ancienne France juridique attribue au droit écrit le tiers environ du territoire, le reste appartenant au régime coutumier, et nous avons voulu savoir si cette proportion était conservée dans la réunion de nos législateurs ; or, nous le dirons avec plaisir, elle a été établie en toute justesse : *huit* membres seulement appartenaient en effet aux pays coutumiers ; Berlier à la Bourgogne, Bigot-Préameneu à la Bretagne, Boulay et Emmery à la Lorraine, ci-devant terre d'empire, Thibaudeau au Poitou, Réal, Treilhard et Tronchet à Paris; tandis que les *quatre* autres représentaient le droit écrit, Portalis d'Aix, Malleville de Bordeaux, Cambacérès de Montpellier, et Galli de Turin.

Nous avons donc été rassuré sous ce rapport ; du reste,

Digitized by Google

nous verrons plus tard que si le droit écrit a été quelquefois sacrifié, ce n'a pas été sans résistance ; il aura su, par d'énergiques protestations, montrer que les mœurs de toute une contrée considérable de la France ne peuvent être impunément froissées ou oubliées, et qu'elle sait, à l'occasion, demander et obtenir satisfaction.

VII. Et ce n'est pas encore fini ! Les rédacteurs du Code n'avaient pas seulement à concilier la théorie et la pratique, le droit écrit et les coutumes, double opération que les travaux de plusieurs anciens jurisconsultes avaient préparée; mais il leur fallait, et ce fut leur œuvre *propre* et la plus difficile, renouer le passé et le présent, réconcilier l'ancienne et la nouvelle société. Robespierre disait un jour (28 floréal an II) : « Qu'y a-t-il de commun entre ce qui est « et ce qui fut ? » Le radicalisme de ses projets et de ses actes ne montrait que trop ce qui, en effet, séparait à ses yeux les deux époques; mais ce fut l'honneur des rédacteurs du Code de prouver qu'en matière de législation il y a toujours un fonds commun de traditions, et que, sous peine de stérilité pour son œuvre, un législateur ne doit jamais rompre avec le passé.

Or, dans quelles dispositions transactionnelles trouvons-nous ces hommes divers, d'après leurs antécédents, à l'égard de la Révolution ?

Faire de chacun d'eux une sorte d'appréciation morale présenterait de véritables difficultés qu'il ne saurait nous convenir d'affronter; il faudrait pour cela juger les consciences et la conduite politique, ce qui est l'œuvre de Dieu et du temps. Nous ne présenterons ici que des considérations générales sous ce rapport, et l'histoire suffira plus tard à dire, sous chaque nom, le rôle de celui qui l'a porté, en face des événements nouveaux.

Digitized by Google

Donc, les uns ont *embrassé* la cause de la Révolution avec ardeur et même avec exagération ; ils ont pris part à ses sages réformes comme à plusieurs de ses excès. Sur quatre conventionnels, trois votèrent la mort de Louis XVI, et le vote du quatrième est resté assez équivoque pour que l'on ne sache trop dans quel camp le placer.

Les autres, moins chauds pour les idées nouvelles, en *acceptèrent* volontiers cependant ce qu'elles avaient de réalisable, et prêtèrent leur sincère concours à plusieurs innovations considérables, quoique avec sagesse et mesure.

D'autres enfin *subirent* la Révolution, qui n'avait point leurs sympathies, et n'eurent dès lors aucun enthousiasme pour elle; mais aucun d'eux, pas même de ceux qui tenaient aux anciennes idées par leur naissance, leurs intérêts, leurs relations ou leurs habitudes, ne se montra hostile aux progrès raisonnables, qui, au milieu de lamentables excès, sortirent néanmoins du laborieux enfantement de 89 à l'an VIII.

Voilà notre coup d'œil d'ensemble.

Maintenant il faut voir à l'œuvre ceux que nous n'avons considérés que dans une sorte de galerie d'exposition; il faut assister aux grandes joutes auxquelles ils ont pris part sur les matières les plus importantes du Code Napoléon.

GUSTAVE BRESSOLLES,
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LA JURISPRUDENCE CIVILE.

QUESTIONS D'ETAT.

Judicia anchoræ legum sunt.
(BACON, *Aphor.*, LXXIII.)

La jurisprudence civile remplit, dans les sociétés modernes, un office qui ressemble, en plus d'un point, à celui du préteur de l'ancienne Rome. A l'exemple du *droit honoraire* [1], elle *aide, supplée, corrige* même le droit civil, non point, il est vrai, dans ses dispositions précises, mais dans celles de ses tendances qui contrarient plus ou moins le mouvement des idées et des faits contemporains. On peut donc aussi dire d'elle qu'elle est *la vive voix du droit civil* [2]. C'est dans le même sens que Portalis l'appelait le *vrai supplément de la législation* [3]. Son rôle est surtout important quand il s'exerce sur une de ces matières où le législateur de notre siècle a le plus largement innové. Alors, que d'obscurités à dissiper! Que d'indécisions à fixer! que de vides à combler dans les prévisions de la loi! Que de controverses laborieuses à trancher pour les écarter! C'est là qu'on assiste au spectacle instructif et animé de la sagesse humaine luttant corps à corps avec la subtilité captieuse de l'intérêt privé; recourant tour à tour, pour vaincre ce Protée, aux traditions savantes et à la raison pratique; posant, par des décisions, des jalons et des

[1] L. 7, § 1, Dig. *De just. et jure.*
[2] L. 8, *ibid.*
[3] Discours préliminaire du projet de Code civil, n° 10.

Digitized by Google

fanaux dans les mille et mille voies où les affaires l'entraînent, et préparant ainsi cette unité d'application qui constitue, suivant Bacon, la *première dignité des lois* [1]. Ces réflexions nous ont conduit à interroger la jurisprudence sur un ordre de questions qui ont toujours été et seront toujours au premier plan du droit civil, comme touchant aux bases mêmes de toute société policée. Ce sont les questions dites *d'état*. Nulle matière n'était hérissée de plus de difficultés législatives ; nulle aussi n'a ouvert un champ plus vaste à la jurisprudence. Combien notamment d'épineux problèmes dans la fixation juridique des rapports constitutifs de la famille ! Nous avons donc pensé qu'il ne serait pas sans intérêt de recueillir et de commenter, dans un cadre synoptique, les récentes et remarquables décisions qui se rapportent à l'état des enfants. Le titre de la *Paternité et de la filiation* nous présente une division fondamentale qui sera celle de notre travail. Nous nous occuperons donc tour à tour de la *filiation légitime* et de la *filiation naturelle*.

§ 1. — Filiation légitime.

On sait que l'art. 313 du Code civil a gravement innové en donnant accès à l'*impossibilité morale* de cohabitation parmi les causes de désaveu, à côté de l'impossibilité physique qui seule était admise par notre ancien droit, à l'exemple de la loi romaine (V. *D'Aguesseau*, 23e plaidoyer). La rédaction complexe et un peu vague de cet article était de nature à soulever plus d'un débat. On s'est, en premier lieu, demandé si la preuve de l'adultère devait résulter d'une condamnation *préalable* au désaveu. Cette exigence rigide et peu compatible avec la brièveté des délais impartis dans l'art. 316, tend de plus en plus à disparaître. Nous en verrons bientôt un témoignage notable. — La condition relative au recel de la naissance a, dans ces derniers temps seulement, provoqué des controverses qui ont amené deux

[1] *Legum leges*, sect. I.

Digitized by Google

arrêts lumineux de la Cour suprême. Voici la première espèce. Une femme devient enceinte et dissimule sa grossesse à son mari, durant cinq mois de commune habitation. Alors s'opère une séparation de fait entre les époux. L'ignorance du mari se prolonge encore pendant deux mois. C'est seulement au septième de la grossesse, que la femme lui notifie son état avec une affectation injurieuse, et dans la vue probable de lui fermer la voie du désaveu, en écartant tout mystère de la *naissance* prochaine de l'enfant qu'elle porte dans son sein. Le mari attend l'accouchement et se hâte de désavouer quelques jours après. On oppose à son action que la naissance, bien loin de lui avoir été *cachée*, lui a été, au contraire, expressément annoncée, et qu'ainsi l'une des conditions imposées par l'art. 313 manque absolument dans l'espèce. Le tribunal de la Seine et la Cour de Paris accueillent néanmoins le désaveu proposé. Un pourvoi soumet cette délicate question à la Chambre des requêtes. La demanderesse soutient, par l'habile organe de Me Pascalis, que la loi est exempte de toute équivoque ; qu'il n'y a point à distinguer dans le fait physiologique de la naissance deux éléments consécutifs, dont l'un serait la grossesse et l'autre l'accouchement ; que ce dernier seul a été pris en considération par la loi, comme ne laissant place à aucune incertitude ; que s'attacher au premier, ce serait donner carrière aux appréciations les plus hasardées, la grossesse étant *pendant longtemps, pour la plupart des femmes, un fait incertain et ignoré;* que peu importait donc le mystère de la grossesse quand la naissance, qui en est le dénoûment, avait été entourée d'une notoriété complète. Ces moyens n'ont point prévalu, et la Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi, par un arrêt du 7 janvier 1850, dont nous croyons utile de reproduire les principaux motifs :

« Attendu, en droit, que le législateur, en admettant que la « présomption consacrée par l'art. 312 C. civ., après avoir « fléchi devant l'impossibilité physique de cohabitation, pourrait « également fléchir devant la preuve de l'impossibilité morale de « cette cohabitation, a entendu assujettir cette preuve à une con-

Digitized by Google

« dition qui servît de garantie contre les appréciations variables
« et arbitraires des tribunaux ; que c'est ainsi qu'il a exigé dans
« l'art. 313, pour la recevabilité du désaveu fondé sur la preuve
« de cette impossibilité morale, que la femme eût caché au mari
« la naissance de l'enfant, trouvant dans ce recel ou cette dissi-
« mulation de la part de la femme, l'aveu tacite de sa faute et un
« secret jugement de sa conscience contre la légitimité de
« l'enfant ;

« Attendu que, devant cette pensée incontestable de l'ar-
« ticle 313, il est impossible d'admettre que le recel de la gros-
« sesse soit un fait insignifiant et que le recel de l'accouchement
« ait été l'objet exclusif de l'attention du législateur ; attendu
« que la naissance implique tout à la fois la grossesse et l'ac-
« couchement, et que le recel de l'un ou de l'autre de ces deux
« faits élémentaires et constitutifs de la naissance, peut devenir,
« selon les circonstances, plus ou moins significatif et tenir lieu
« de cet *aveu tacite* que la loi fait résulter du silence de la
« femme ; attendu qu'en pareil cas, il y a beaucoup moins à
« rechercher ce que le mari a pu savoir ou ignorer, que ce que
« la femme a voulu lui cacher, puisqu'il s'agit uniquement de
« déterminer la signification morale et *intentionnelle* du secret
« dont elle a voulu entourer sa maternité, etc. »

C'en est assez pour mettre en lumière l'idée-mère de la décision. Elle est puisée aux sources mêmes de la pensée législative. Le tribun Duveyrier disait, en effet, à la séance du Corps législatif du 2 germinal an XI (V. *Locré*, t. VI, p. 294) : « Si la femme
« adultère a caché à son mari sa *grossesse*, son accouchement,
« la naissance de l'enfant, le sentiment qui lui a dicté ce mys-
« tère et imposé les soins et l'embarras qu'il exige, est d'une
« telle prépondérance qu'il serait injuste de ne pas l'appeler en
« témoignage sur la question de la véritable paternité. Une
« femme, en ce cas, ne dit rien, ne déclare rien ; au contraire,
« elle se tait et se cache. C'est son cœur lui-même, qui, malgré
« elle, développe ses replis les plus cachés ; c'est sa conscience
« qui laisse échapper son plus mystérieux *jugement*. » Il n'y

Digitized by Google

aura donc rien d'absolu en pareille matière. Dans des cas donnés, la dissimulation d'une grossesse, peut-être encore douteuse, s'effacera devant la spontanéité d'une déclaration ultérieure; dans d'autres cas, au contraire, une confession tardive ou astucieuse (comme elle l'était dans l'espèce jugée), ne rachètera pas ce qu'il y a d'accusateur dans une clandestinité prolongée. Interpréter ainsi la loi, c'est bien moins étendre sa portée, qu'en faire sortir tout ce qu'elle renferme virtuellement (*adjuvandi juris gratiâ*). Décider autrement, ce serait étouffer l'esprit de l'art. 313 sous une littéralité servile, et faire une condition scandaleusement favorable à l'épouse adultère. Il lui suffirait, en effet (comme la Cour de Paris l'avait dit dans son arrêt), pour assurer la légitimité au fruit de ses désordres, « de « révéler par bravade, la veille de l'accouchement, ce qu'elle « aurait antérieurement dissimulé par une juste crainte et par « la conscience de sa culpabilité. » L'arrêt du 7 janvier 1850 nous paraît donc éminemment plausible, et nous le regardons comme devant fixer la solution d'une question qui n'avait été prévue par aucun auteur, et qui n'avait été jusqu'ici résolue qu'une seule fois par la jurisprudence dans un sens conforme aux décisions récentes (V. arrêt de la Cour de Paris du 18 février 1843.— *Journal du Palais*, 1843, t. I, p. 531).

La même Chambre de la Cour suprême a tranché, le 8 décembre dernier, une autre question plus neuve encore et non moins intéressante. Il s'agissait d'apprécier la valeur légale d'un désaveu dirigé par les héritiers du mari, en vertu de l'art. 313, contre un enfant né huit mois et dix jours après le décès de celui-ci. Une telle action n'était-elle pas, pour plusieurs raisons, exclusivement personnelle à l'époux outragé? La rédaction de l'art. 313 n'indique-t-elle pas assez clairement que le recel de la naissance doit avoir eu lieu en regard du mari *lui-même*, pour acquérir toute sa force accusatrice? Un autre que lui, d'ailleurs, peut-il être utilement admis à proposer *tous les faits propres à justifier* sa non-paternité? Bien plus, comment permettre à ses héritiers de faire preuve de l'adultère de sa veuve, sans porter

Digitized by Google

une atteinte profonde au principe écrit dans l'art. 336 du Code pénal et sans lever la barrière aux plus affligeants scandales? Enfin, ne résulte t-il pas nettement de l'art. 317 relatif à la transmissibilité de l'action en désaveu, qu'il faut que cette action soit déjà née en la personne du mari, et passe ainsi dans sa succession où ses héritiers la saisissent? Or, elle ne saurait naître avant l'enfant lui-même dont la viabilité est toujours douteuse et contre lequel ne peut être retournée la maxime : *Infans conceptus pro nato habetur.* A l'appui de ces déductions, on invoquait plusieurs passages de l'exposé de motifs de M. Bigot de Préameneu. Il importe tout d'abord de remarquer que cette interprétation rigoureuse de l'art. 317 embrasserait dans sa portée non seulement le désaveu pour impossibilité morale de cohabitation, mais encore et tout aussi directement le désaveu pour impossibilité physique, dont les règles sont posées dans l'art. 312. Nul doute, en effet, que les art. 316 et 317 ne se réfèrent simultanément aux art. 312 et 313. S'il en est ainsi, l'argument tiré de l'art. 317 prouve trop et se détruit lui-même. Car tous les interprètes les plus accrédités de la loi ne se sont point arrêtés, dans le cas d'impossibilité physique, à la fin de non-recevoir fondée sur le prédécès du mari. Le tribun Duveyrier a d'ailleurs explicitement compris cette hypothèse dans les prévisions de l'art. 317 (*Locré*, t. VI, p. 299), et l'on peut même étendre la généralité de ses expressions au cas d'impossibilité morale. Toutefois, il faut reconnaître que, dans ce second ordre de faits, la faculté de désavouer le posthume est plus difficile à justifier. C'est à l'esprit de la loi de venir en aide à sa lettre pour en dilater les formules. — Pourquoi, en premier lieu, la nécessité fatale d'une dissimulation de naissance pratiquée à l'encontre du mari lui-même? Que cherche-t-on et que trouve-t-on, en effet, dans cette dissimulation? Nous l'avons appris du précédent arrêt : un muet mais éloquent jugement de l'épouse coupable sur la maternité qui l'accuse. Ce jugement sera-t-il moins éloquent parce que la femme adultère aura voilé sa honte devant ses enfants légitimes ou les collatéraux du mari, au lieu

Digitized by Google

de la voiler devant cet époux lui-même? Ce qu'il faut voir ici dans ce combat de la vérité et de la ruse, c'est qui dissimule, et non pas *contre qui* l'on dissimule. Ces héritiers du mari trompé peuvent donc, aussi bien que lui, s'emparer de la révélation accablante qui jaillit du mystère de l'accouchement. — Mais ne leur dira-t-on pas avec avantage : respectez la mémoire de votre auteur dans la femme qui porte son nom. Respectez-la surtout si elle est votre mère. Au mari seul il appartient de flétrir sa compagne infidèle du stigmate de l'adultère. Comment donc pourriez-vous satisfaire à la condition primordiale qu'impose l'art. 313? Cette objection a, comme une précédente, le tort d'une portée trop étendue. Tout désaveu accueilli par la justice n'imprime-t-il pas, en effet, la même note d'infamie à l'épouse? et cependant l'art. 317 rend assez manifeste que la main des héritiers peut, dans des cas donnés, lui infliger cette infamie. Insistera-t-on en disant que la flétrissure a lieu seulement alors comme conséquence forcée de l'illégitimité de l'enfant, et qu'elle doit ici résulter d'une condamnation préjudicielle et spéciale? Mais rien n'oblige et n'autorise même les héritiers du mari à prendre une telle voie. L'art. 318 a clairement précisé le mode d'exercice de leur action. L'enfant désavoué est le défendeur unique dans la personne de son tuteur *ad hoc*. La mère est simplement *intervenante*. La loi, dans sa noble réserve, n'a pas voulu la mettre en face de ceux qui peut-être l'outragent, et qui, dans tous les cas, la diffament. Ce n'est donc pas elle que l'on attaque, au moins juridiquement; c'est l'enfant putatif à l'encontre duquel on offre d'établir *cumulativement* et l'adultère de la mère, et le recel de la naissance, et les faits démonstratifs de la non-paternité. Nous disons *cumulativement*, pour demeurer fidèle à la haute bienséance morale dont cette procédure est empreinte. Après avoir hésité, la doctrine et la jurisprudence se prononcent de plus en plus contre la nécessité d'une preuve préalable et spéciale de l'adultère. Dans l'espèce qui nous occupe, les trois conditions qu'exige l'art. 313 avaient été l'objet d'une seule et même enquête.—Résumant nos impressions, nous

Digitized by Google

conclurons que l'arrêt attaqué de la Cour de Paris avait, à bon droit, déclaré recevable l'action en désaveu intentée contre l'enfant posthume : c'est assez dire que nous adhérons pleinement à l'arrêt de la Chambre des requêtes qui, le 8 décembre dernier, a rejeté le pourvoi dans les termes suivants :

« Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait le concoursdes « trois circonstances ci-dessus énoncées, à savoir, l'adultère de la « demanderesse ; la dissimulation de sa grossesse, comme celle « de la naissance de sa fille... ; enfin l'impossibilité morale que « de M... en fût le père ;— Que la Cour d'appel en a conclu, avec « raison, que le désaveu des représentants du mari, décédé avant « d'avoir pu réclamer, devait être accueilli ;

« Qu'on objecte vainement que de M... étant mort à l'époque de « l'accouchement, la naissance de l'enfant ne lui a pas été cachée, « et que, dès lors, l'action en désaveu doit être refusée à ses hé- « ritiers ;— Attendu, en effet, que l'art. 317, qui accorde aux hé- « ritiers du mari le droit de contester la légitimité de l'enfant, « ne soumet pas l'exercice de ce droit à une pareille condition ; « — Que, de plus, le soin qu'a pris la mère de cacher à tous les « regards sa grossesse et de dissimuler la naissance de son enfant, « a pu être considéré par le juge comme significatif et tenir lieu « de l'aveu tacite que la loi fait résulter du silence de la femme, « puisque la preuve de l'illégitimité de l'enfant ressort plutôt *du se-* « *cret qu'a gardé la mère que de l'ignorance où s'est trouvé le mari ;*

« Attendu que le reproche fait à l'arrêt d'avoir imprimé à « l'enfant le cachet de l'adultérinité n'est pas fondé en fait ; qu'en « effet, la décision attaquée se borne à refuser à la mineure Jane « la qualité et les droits de fille légitime, sans déterminer autre- « ment l'état qui lui appartient, etc. »

Un troisième arrêt de la Chambre des requêtes va nous présenter une autre espèce bien plus épineuse encore que les deux précédentes. Une femme mariée met au monde un enfant qui est inscrit à l'état civil comme né d'une autre femme. La véritable mère a constamment répudié sa maternité devant la famille, et ce dans des occasions solennelles. L'enfant n'a donc ni

Digitized by Google

titre, ni possession d'état qui manifestent son origine réelle, et le placent ainsi sous l'égide de la présomption de paternité du mari. Celui-ci s'inquiète pourtant. Il sait la mystérieuse naissance, il en sait également l'illégitimité. Il n'ignore pas davantage qu'une action en réclamation d'état sera perpétuellement ouverte à l'enfant dont la seule existence est un outrage pour lui. Cette action viendrait aujourd'hui se heurter à d'insurmontables écueils. Mais lui sera-t-il également facile de la repousser après quinze ou vingt ans écoulés? Ces preuves de l'adultère n'auront-elles pas disparu? Et que sera-ce si, lui-même ayant cessé de vivre, ses enfants ou ses héritiers légitimes se trouvent seuls en face de la prétention usurpatrice? Il veut conjurer ce péril en déchirant dès à présent le voile de l'adultérinité par un désaveu qui prévienne et rende impossible toute revendication ultérieure de la légitimité : le pourra-t-il? Ne lui opposera-t-on pas avec avantage, d'abord, que tout désaveu implique la contestation d'un état *apparent*, et qu'il ne peut avoir un sens quand l'enfant ne jouit d'aucune apparence de légitimité; puis, qu'il appartient à cet enfant *seul* de rechercher sa véritable mère; que le renoncement à son véritable état ne saurait lui être interdit, et qu'il y aurait une sorte de cruauté à lui imprimer pour ainsi dire d'office la souillure d'une naissance adultérine, au lieu de la simple illégitimité anonyme ou pseudonyme? On a, en effet, opposé ces moyens au désaveu anticipé du mari, et on les a fortifiés des considérations suivantes : Le désaveu présuppose tellement la certitude préalable de la maternité, que l'art. 318 prescrit l'appel en cause de la mère. Bien plus, si l'on veut que le mari puisse se substituer à l'enfant dans la recherche de la maternité en vertu de l'art. 323, du moins faut-il qu'il subisse les restrictions mises à cette recherche. Or, l'art. 342 interdit celle d'une maternité *adultérine* ou incestueuse. Enfin, quel danger y a-t-il à suspendre la protestation du mari, et à lui laisser seulement la défensive? Si l'enfant s'avise plus tard de réclamer une place dans la famille, il verra se dresser contre lui la preuve, illimitée dans ses conditions de temps et de

Digitized by Google

moyens, que l'art. 325 autorise. Le foyer domestique pourra donc toujours être défendu contre une audacieuse intrusion, sans qu'il soit besoin d'ouvrir préventivement la carrière à des scandales dont une nécessité actuelle et pressante est la seule excuse. Ce système, qui est tout au moins spécieux, fut rejeté par la Cour de Paris, le 6 janvier 1849, malgré les habiles efforts du magistrat du parquet contre cette poursuite *d'un désaveu à travers une recherche de maternité*. Il n'a pas été plus heureux devant la Cour suprême, qui a statué comme il suit, le 4 février 1851 (Chamb. des req.) :

« Attendu que l'action accordée au mari par les art. 312 et « 313 C. civ., pour désavouer l'enfant né de sa femme, n'est « subordonnée par aucune disposition de la loi à la condition « que l'enfant désavoué soit en possession de la qualité d'enfant « légitime, ou ait au moins été inscrit sur les registres de l'état « civil comme né de la femme mariée ;

« Attendu que, pour déclarer non recevable, comme ne ren- « trant pas dans les termes des deux articles précités, l'action « en désaveu dirigée contre l'enfant, par cela seul qu'aucune « possession d'état ne le rattacherait au mariage, et que, dans « son acte de naissance, la mère aurait été faussement dénom- « mée, il faudrait admettre qu'en accordant l'action, dans le « cas où le recel de la naissance n'a été pratiqué que relative- « ment au mari, et en le refusant lorsque la dissimulation de la « maternité a eu lieu, même à l'égard de l'officier de l'état civil, « le législateur a voulu désarmer le mari et la famille à l'égard « de la fraude commise à leur préjudice, précisément dans le « cas où cette fraude aurait été plus complète et plus coupable, « ce qui s'accorderait mal avec l'ensemble des dispositions de « la loi sur cette matière, toutes conçues dans la pensée de « concilier avec les intérêts de l'enfant la juste protection due « au mari et à sa descendance légitime contre l'intrusion dans « la famille des fruits d'un commerce adultérin ;

« Attendu que l'action en désaveu ne pourrait davantage être « déclarée non recevable, faute d'un intérêt né et actuel ; qu'en

Digitized by Google

« effet, et dans tous les cas, le *fait matériel* de l'accouchement « de la femme mariée établit par lui-même au profit de l'en- « fant, et indépendamment de l'acte de naissance et de la pos- « session d'état, un droit certain et imprescriptible de réclamer, « en vertu de la présomption établie par l'art. 312 C. civ., l'état « d'enfant né du mariage, et que de ce droit résulte, au même « moment, à l'égard du mari et de sa famille, une *menace* tou- « jours subsistante constituant un intérêt actuel suffisant pour « justifier l'action en désaveu;

« Attendu que si l'art. 325 donne au mari ou à ses héritiers « le droit de repousser, par tous les moyens ordinaires de « preuve, l'action en réclamation d'état formée par l'enfant qui « n'a ni titre ni possession d'état, cette *latitude absolue* accordée « à la défense en faveur du mari et de la famille ne peut être « considérée, ni d'après le texte ni d'après l'esprit de la loi, « comme exclusive de l'action directe en désaveu, et comme « entraînant l'obligation d'attendre, pour faire valoir les droits « de la famille légitime, le moment où il conviendrait à l'enfant « adultérin de se présenter, alors que les preuves de l'illégiti- « mité auraient péri, soit par le temps, soit par toute autre cir- « constance;

« Attendu que la disposition de l'art. 342 qui interdit à l'en- « fant la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, « lorsqu'elle tend à établir l'adultérinité, ne peut évidemment « s'appliquer au père, l'action en désaveu qui lui est ouverte « dans les cas déterminés par la loi ayant toujours et nécessai- « rement pour but d'établir la filiation adultérine de l'enfant « qui en est l'objet, etc.;— Rejette. »

Le lecteur sera frappé sans doute avec nous du caractère complet et substantiel de ces motifs. On y trouve puissamment réfutés tous les arguments du pourvoi. L'esprit tutélaire de la loi s'y dégage avec clarté et rend sensible l'harmonie intime de ses dispositions; aussi cet arrêt a-t-il obtenu l'adhésion des jurisconsultes qui l'ont recueilli, et n'hésitons-nous pas à le regarder comme le point de départ d'une jurisprudence qui for-

Digitized by Google

tifiera dans l'avenir les garanties protectrices de la famille. Loin de nous la pensée de reproduire sous un nouveau jour des raisons si bien déduites. Nous nous sommes demandé seulement si, en droit, c'était chose inouïe qu'une action ayant pour objet d'anticiper sur une autre dont on prévoit et dont on veut provoquer l'exercice. Un mémorable précédent s'est offert à notre esprit. Nous voulons parler de la fameuse loi *Diffamari,* insérée au Code de Justinien (L. VII, t. XCV *De ingenuis manumissis*, l. V). C'est précisément d'une question d'état qu'il s'agit dans cette loi. Des *ingénus,* c'est-à-dire des hommes nés libres, sont inquiétés et *diffamés* dans la jouissance de cette liberté d'origine par des bruits que l'erreur ou la malignité répand. Ceux qui les propageaient ont été vainement mis en demeure de les soutenir par les voies régulières; ce sourd dénigrement continue. Les empereurs Dioclétien et Maximien, touchés des plaintes de l'ingénu qui en est l'objet, décident que le *præses provinciæ* devra, sur sa demande, mettre un terme à ces manœuvres illicites (ab injuriâ temperari præcipiet). Citons encore la loi IV au Code *De usuris pupillaribus.* Un ex-tuteur a lieu de craindre que son ancien pupille ne se prétende créancier pour faits de tutelle. Ce pupille ne veut pas prendre l'initiative de la liquidation. L'ex-tuteur pourra, disent les mêmes empereurs, *ad judicium eum provocare,* et pourvoir ainsi à sa sécurité et à celle de ses enfants (tam vobis ipsis quàm securitati filiorum vestrorum consuletis). Le rescrit a soin d'énoncer toutefois que le pupille ne peut être forcé d'agir *actione tutelæ*, et consacre ainsi de nouveau la maxime *Invitus agere nemo cogatur* (L. III, t. VII); mais il n'y en a pas moins dans la décision une restriction bien réelle à l'empire de cette maxime. Voici, du reste, l'interprétation de Godefroy sur la loi *Diffamari :* « Invitus agere nemo cogitur; nisi alium « diffamet quovis modo civiliter; aut sibi jus vel obligationem « aliquam in fundo, domo et bonis alterius competere adserat. « His enim casibus *cogitur* adversarius intra certum tempus ex- « periri; ac, nisi id faciat, perpetuum illi silentium à judice indi- « citur. » Ces traditions romaines furent recueillies dans cer-

Digitized by Google

taines provinces par la jurisprudence française, et l'on en vit sortir une action dite *ad futurum*, dirigée contre ceux qui se *jactaient* d'avoir quelque droit personnel ou réel à l'encontre du demandeur. Cette action subsiste-t-elle encore comme fondée sur la *raison écrite?* L'affirmative a été décidée depuis la promulgation du Code civil, soit par la doctrine, soit par la jurisprudence (V. *Traité des actions* de Pornet, p. 38; *Dictionn.* d'Armand Dalloz, v° *Action*, n° 13; v. aussi, sur la loi *Diffamari*, *Rép.* de Merlin, v° *Diffamari*). C'est donc à dire que l'imminence d'une prétention judiciaire suffit à légitimer l'initiative de la partie menacée. Ce principe secourable ne pouvait-il pas être à bon droit invoqué par un mari trahi qui entrevoyait avec effroi dans l'avenir une réclamation d'état de la part d'un enfant adultérin? Il est vrai que cet enfant ne se *jactait* pas dès à présent d'être né du mariage. Mais, d'un autre côté, n'y avait-il pas un *à fortiori*, en ce sens que la jactance peut n'avoir aucun appui sérieux dans les faits, tandis que le *fait matériel de l'accouchement*, dit avec beaucoup de justesse l'arrêt du 4 février, *établit par lui-même au profit de l'enfant un droit certain et imprescriptible* de revendiquer la paternité du mari? C'est donc de sa naissance elle-même que s'échappe ici la menace et la jactance. La base d'une réclamation ultérieure est déjà posée par la nature elle-même. La présomption édictée par l'art. 312 plane sur la tête de la famille. Sera-t-il interdit de prendre l'offensive contre un adversaire qui s'enveloppe provisoirement dans le mystère, et faudra-t-il attendre qu'il lui plaise de décliner ses prétentions pour être admis à les combattre, au risque de voir d'ici là s'évanouir ou s'affaiblir les preuves qui l'auraient confondu? Il y a donc vraiment un *intérêt actuel* et non pas seulement éventuel, qui doit ouvrir la lice à un désaveu prudemment anticipé. Ne s'agirait-il, d'ailleurs, que d'une éventualité redoutable à conjurer, l'anticipation serait encore suffisamment justifiée par les principes généraux du droit et par des précédents de jurisprudence (V. *Dict.* d'Arm. Dalloz, v° *Action*, n° 23). C'est au même esprit qu'obéissait le préteur romain quand il réglait la caution *damni*

Digitized by Google

infecti en vue d'un dommage éventuel (damnum nondum factum quod futurum veremur). V. Dig. *De damno inf...* — On pourrait enfin trouver au besoin, dans l'art. 317, une induction favorable à la thèse embrassée par la Cour suprême. Cet article, en effet, laisse implicitement et indubitablement aux héritiers du mari la faculté de devancer, dans leur contestation de légitimité, les actes indiqués comme point de départ du délai de deux mois (V. en ce sens, 25 août 1806, req. D. *Rép. alph.*, t. VIII, p. 559); comment donc semblable faculté pourrait-elle être refusée au mari lui-même, sans une choquante anomalie?

Il ne nous reste plus à signaler dans l'arrêt qui nous occupe, que la doctrine incidemment professée par la Chambre des requêtes, au sujet de l'art. 325, dont la véritable portée n'est pas exempte de controverse. Cet article ouvre-t-il, sous forme d'exception à la réclamation d'état, une voie particulière de désaveu en dehors des conditions de preuve et de délai imposées par les art. 312, 313 et 316? L'affirmative devant laquelle ont reculé quelques esprits et quelques Cours (V. notamment l'arrêt de la Cour de Riom du 7 juin 1844, D. pér. 44, 2, 147), prévaut de plus en plus dans la doctrine et la jurisprudence. Elle recevra un nouvel et imposant appui du suffrage de la Cour suprême.

Un dernier arrêt de cette Cour doit être signalé aux juristes. Il se rapporte à une très-délicate question, celle de savoir jusqu'à quel point l'on peut être lié par un acquiescement exprès ou tacite en matière d'état. Une moitié du problème disparaît tout d'abord si l'on considère que, l'état des personnes dans la famille constituant tout à la fois et un intérêt privé du premier ordre, et un intérêt public, nul ne peut se *dépouiller* valablement de son titre d'enfant légitime ou naturel. La loi, la doctrine et la jurisprudence mettent ce tutélaire principe hors du débat. Mais, *quid juris*, quand le pacte intervenu a pour unique objet de *consolider* un état contestable ou contesté même? Sera-t-il interdit de traiter dans une vue de stabilité et de paix domestiques? En d'autres termes, la consécration et le renversemen

Digitized by Google

d'un état possédé plus ou moins pleinement, mais cependant disputable, seront-ils choses également inaccessibles à la volonté des parties intéressées ? Il y avait là le fondement d'une distinction à la fois rationnelle et morale, que d'éminents jurisconsultes et de nombreuses décisions ont consacrée. M. le premier président Troplong l'a reproduite dans son commentaire de la *Transaction* (n° 63) ; elle a inspiré l'arrêt que nous avons annoncé et le lumineux rapport qui l'a précédé. Nous nous bornerions à cette indication, si l'espèce ne nous avait fait apparaître un point de vue particulier qui est digne de fixer l'attention. L'enfant dont on contestait l'état était né le 11 ventôse an V. Quelques semaines *après* sa naissance, il y avait eu divorce de sa mère, dont le mari se trouvait à l'étranger comme *émigré*. L'acte de l'état civil indiquait pour père un autre individu. Quatorze mois après le divorce, mariage de la mère et de celui qui avait revendiqué la paternité de l'enfant. Les époux déclarent le légitimer ainsi que deux autres nés dans des conditions identiques. L'union légitime produit aussi deux enfants ; elle est rompue en 1826 par la mort de la femme. Le mari décède lui-même en 1838, laissant un testament par lequel il déférait la quotité disponible de sa succession au fils de l'enfant légitimé qui, seul des trois, lui avait survécu. Ce partage s'effectue sans contestation aucune des droits de famille de cet enfant qui, d'ailleurs, avait toujours été tenu pour légitime. C'est quelques années seulement après la consommation du partage, que les enfants nés du mariage songèrent à attaquer son état, prétendant qu'il était, ou fils légitime du premier mari de la mère commune, ou adultérin. Le tribunal de Toulon et la Cour d'appel d'Aix rejetèrent successivement la contestation de légitimité, en invoquant comme acquiescement irrévocable les faits géminés qui en attestaient une reconnaissance constante. La Cour de cassation, prenant ces faits pour point de départ, rejeta le pourvoi par un arrêt du 28 nov. 1849, dont il suffit de reproduire les motifs suivants :

« Attendu qu'il ne s'agit point d'une transition sur l'état con-

Digitized by Google

« testé d'un individu, nul ne pouvant *abandonner* un état qu'il « tient de la loi ;

« Attendu qu'il était question de savoir si un enfant reconnu, « légitimé, en longue et pleine possession de son état d'enfant « légitimé, reconnu comme tel par son frère et sa sœur en *con-* « *naissance de cause*, devait être maintenu dans son état d'enfant « légitime, malgré la possibilité d'une controverse ;

« Attendu que l'*ordre public* est essentiellement intéressé à « imposer silence aux héritiers qui, dans un intérêt pécuniaire, « veulent contester une légitimité reconnue par eux volontaire- « ment, et en connaissance de cause ; cette reconnaissance faite « par respect pour la mémoire des parents, ou dans l'intérêt de « la famille, ou dans un intérêt purement personnel, ne permet « pas de porter atteinte aux droits reconnus par les partages et « liquidations. La légitimité ne peut plus être mise en doute, et « ses effets s'étendent sur l'*état civil* de la personne, aussi bien « que sur tous les droits qui en sont l'attribution et la consé- « quence. »

La difficulté principale que cet arrêt soulève ne réside pas, comme nous l'avons déjà énoncé, dans la sanction d'un acquiescement *conservateur* de l'état de l'enfant, mais dans le dilemme tranchant qu'on tirait de son acte de naissance, en lui disant : La date seule de cette naissance établit ou votre qualité d'enfant légitime du premier mari de votre mère, ou votre adultérinité. Donc la qualité d'enfant légitimé du second mari ne peut vous appartenir ; car, au premier cas, vous auriez deux pères ; au second, vous invoqueriez une reconnaissance et une légitimation impossibles quant à l'enfant adultérin. Pouvait-on échapper à cette alternative ? On le pouvait, dans l'espèce, à raison de faits tout particuliers. En effet, le premier mari ayant émigré, et l'émigration entraînant la *mort civile*, sa femme *pouvait bien*, *à cette époque*, dit le conseiller rapporteur (M. Mestadier), être *considérée comme une femme libre*. L'adultérinité était au moins douteuse, et les décisions rendues s'expliquent ainsi naturellement. Mais, en l'absence de cette

Digitized by Google

particularité notable, aurait-on pu donner effet à l'acquiescement le plus explicite, et transformer ainsi, au mépris des faits et des actes, un enfant soit légitime, soit adultérin, en un enfant légitimé? Cela nous semble absolument impossible. Le consentement des intéressés ne saurait faire violence ni à la nature des choses, ni à une loi d'ordre public. Les principes posés par l'arrêt de rejet doivent donc nécessairement subir quelques restrictions qui leur sont imposées par d'autres et plus puissants principes. Il est des jurisconsultes qui, poussant au delà le scrupule, n'admettent pas, avec le même arrêt, que les effets de l'acquiescement *s'étendent sur l'état civil de la personne, aussi bien que sur tous les droits qui en sont l'attribution et la conséquence.* A leur sens, il faut complétement séparer la question d'état de l'*intérêt pécuniaire* qui s'y rattache. On pourra bien traiter sur cet intérêt et y renoncer; mais l'adhésion présente n'engagera pas l'avenir, et laissera un libre champ aux contestations ultérieures de l'état de l'enfant. Cette thèse est celle de M. le professeur Demolombe (*Cours de Code civil*). Nous la croyons plus ingénieuse que conforme aux grandes vues qui doivent dominer la matière. Comment, en effet, livrer ainsi l'état des hommes dans la famille, c'est-à-dire le plus précieux des patrimoines, à la merci des intérêts et des animosités privés? Comment admettre ceux qui ont bien librement et sciemment reconnu et ratifié cet état, à le remettre plus tard en discussion, parce qu'ils auront avantage à le faire? Les plus graves des contestations civiles pourraient donc toujours être ainsi réveillées et ravivées par des questions d'argent, alors que tous devaient les croire éteintes? Et la chose jugée aurait seule, après d'irritants et scandaleux débats, la vertu de fixer les positions douteuses? Il n'y aurait enfin de possible que des armistices et point de traités de paix définitifs! Ce serait, suivant nous, beaucoup trop sacrifier au rigorisme des principes. Il faut se rappeler que la vérité absolue n'est pas du domaine des règlements humains, et qu'ils doivent quelquefois fléchir devant les exigences du juste et du bien public. Plus que jamais aujourd'hui la jurisprudence est appelée à

Digitized by Google

mériter sa noble devise : *Ars æqui et boni*. Du reste, la loi romaine nous donne, à ce sujet, un bel exemple dans le rescrit où l'empereur Philippe répond à une personne qui élevait des prétentions du genre de celles que nous combattons : « Contra fidem « sanguinis, itemque *placitorum*, quæstionem inferre parum « probè postulas : nullus etenim erit *litium finis*, si à transactio- « nibus bonâ fide interpositis cœperit facilè discedi (L. 10, C. *De* « *transact.*). » Nous applaudissons donc pleinement aux motifs élevés qui ont déterminé la Chambre des requêtes.

Nous avons parcouru le cercle des plus importantes questions qui aient été agitées dans ces derniers temps, en matière de filiation légitime. Nous aborderons, dans un autre article, celles qui regardent la filiation naturelle.

A. Arcelot,
Docteur en droit, avocat général
à la Cour d'appel de Riom.

Digitized by Google

PROCÉDURE CRIMINELLE.

COUR D'ASSISES. — PROCÈS-VERBAUX D'AUDIENCE.

Y a-t-il un délai de rigueur pour la clôture et la signature des procès-verbaux des séances de la Cour d'assises?

L'absence de délai, en admettant qu'elle existe, a-t-elle pour résultat de permettre, postérieurement à la clôture du procès-verbal, et alors qu'il a été signé par le président et le greffier, la réparation des omissions et irrégularités commises dans sa rédaction?

Le pourvoi en cassation fait-il obstacle à l'usage de cette faculté, par cela seul qu'il a été formé? N'est-ce pas, au contraire, la communication des pièces au défenseur du condamné et la requête fondée sur les omissions existantes, qui, en ne laissant plus les choses entières, assurent à ce dernier le bénéfice des irrégularités ainsi légalement constatées?

L'art. 372 du Cod. d'instr. crim., revisé par la loi du 28 avr. 1832, impose aux greffiers des Cours d'assises l'obligation de dresser un procès-verbal des séances, *à l'effet*, dit-il, *de constater que les formalités prescrites ont été observées.*

Cet article veut que ce procès-verbal soit signé par le président de la Cour d'assises et par le greffier, et qu'il ne puisse être imprimé à l'avance [1].

[1] Cette exigence nouvelle de la loi a pour but, non de créer une chance de révision au profit des condamnés, mais d'assurer efficacement la complète exécution des formalités prescrites. On comprend qu'imprimer à l'avance les procès-verbaux d'audience, c'est rendre de style toutes ces formalités et constater leur accomplissement, qu'il ait eu lieu ou non; c'est sous l'impression de cette pensée que la Cour de cassation a décidé, le 22 avril 1841, *que les procès-verbaux d'audience rédigés à l'avance étaient nuls.* (*Journal du Palais*, 1841, t. Ier, p. 708.)

Digitized by Google

Il ajoute : — *Les dispositions du présent article seront exécutées à peine de nullité.*

Ainsi le but que s'est proposé le législateur apparaît évident : il a voulu qu'un document authentique attestât que les formalités, par lui prescrites à peine de nullité, ont été observées dans l'instruction et le jugement.

Le procès-verbal doit, en effet, contenir mention de leur accomplissement; car celles de ces formalités qui n'y sont pas rappelées sont réputées de plein droit avoir été omises; sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation est constante. (Voir les *arrêts* de cass. du 1er juillet 1814 (*Bull. crim.*, p. 69), et du 15 déc. 1815 (*Bull. crim.*, p. 144); il y a même beaucoup d'autres décisions semblables plus récentes.) Cet art. 372 n'indique point de délai pour la rédaction et la signature de ces procès-verbaux, et il ne paraît pas que l'on puisse recourir à d'autres dispositions pour suppléer à cette lacune, si tant est qu'il y ait là une omission involontaire.

En effet, il n'y a eu aucune discussion à cet égard, lors de la confection de cet article en 1808, ni lors de sa révision en 1832. Cependant, à cette dernière époque, des débats s'étaient déjà engagés sur la question devant la Cour de cassation qui, par arrêt du 29 juillet 1813 [1], avait décidé qu'il n'y avait aucun délai fixé pour cette rédaction.

L'attention était éveillée sur cette omission, ou *plutôt sur cette latitude de délai abandonnée à la prudence et à la conscience des présidents et greffiers des Cours d'assises;* de telle sorte que d'involontaire qu'on la pouvait supposer d'abord, elle est devenue parfaitement intentionnelle.

D'un autre côté, le procès-verbal n'est point sujet à la formalité de l'enregistrement; il ne paraît pas non plus qu'il doive être porté ou mentionné sur aucun registre ni répertoire. Il est remis dans les dossiers des affaires criminelles auxquelles il se rapporte, et son existence y est constatée par l'inventaire des

[1] Bourguignon, sur l'art. 372, n° 3, édition de 1825.

Digitized by Google

pièces, que le greffier est obligé d'annexer à chaque procédure (art. 423 du Cod. d'instr. crim.).

De sorte que, s'il n'y a pas de moyen *direct* pour limiter le délai dans lequel le procès-verbal doit être rédigé, il n'y en a pas non plus d'indirect. Il est vrai cependant que l'art. 423 du Code d'instr. crim. n'accorde au ministère public qu'un délai de dix jours, à partir de la déclaration du pourvoi en cassation, pour faire parvenir au ministre de la justice les pièces du procès, accompagnées d'un inventaire dressé par le greffier; il est vrai également que l'art. 349 de ce Code veut que la déclaration du jury soit signée par le chef, et remise par lui au président, qui la signe à son tour, et la fait signer par le greffier, séance tenante, et avant de faire comparaître l'accusé; il est encore vrai que l'art. 370 du même Code d'instr. crim. exige que la minute de l'arrêt soit signée dans les vingt-quatre heures de sa prononciation; mais il n'y a rien de rigoureux à conclure de ces dispositions pour le délai de clôture et de signature du procès-verbal d'audience. Cet acte est à part de ces derniers actes, et il ne se trouve relaté dans aucun d'eux. Il n'y a donc aucune nécessité qu'il soit rédigé avant eux, ni en même temps qu'eux. Si le législateur avait voulu qu'il en fût de celui-ci comme des autres, il l'aurait dit.

On comprend cependant que le procès-verbal offrirait plus de garantie de sincérité et d'exactitude, s'il était clos et signé à la fin de chaque séance [1], ou tout au moins en même temps que l'arrêt de condamnation, c'est-à-dire dans les vingt-quatre heures; puisque c'est alors, et seulement alors, que les souvenirs judiciaires, étant plus récents, sont naturellement plus exacts et plus précis, et que c'est aussi alors qu'il est plus facile de rectifier et de compléter les notes d'audience nécessairement incomplètes et prises à la hâte.

Toutefois, il faut en convenir, le législateur n'a donné ni le conseil, ni l'ordre de dresser et clore à l'audience même les

La Cour de cassation admet qu'il suffit d'un seul procès-verbal pour toutes les séances.

Digitized by Google

procès-verbaux des séances; sur ce point, il s'en est rapporté à la prudence du magistrat, haut placé d'ailleurs, choisi par le ministre pour présider les assises; puis, en outre, et à titre de garantie, il a attribué à la défense la faculté de demander acte des omissions et irrégularités commises, faculté dont l'exercice a pour résultat d'assurer la constatation de toutes les omissions et de toutes les causes de nullité. C'est sous l'empire de ces considérations que, depuis 1832, la Cour de cassation a invariablement jugé qu'il n'y a point de délai fixé pour la clôture des procès-verbaux des séances des Cours d'assises [1]. Ainsi, et pour ne citer que les arrêts les plus formels et les plus récents, elle a jugé, le 31 mars 1836 (*Sirey*, 36, 1; *Dall.*, 36, 1, 237; *Journ. du Pal.*, 27, p. 1222), qu'un procès-verbal peut n'être rédigé que vingt jours après la séance, sans qu'il y ait lieu à cassation.

Cet arrêt a été rendu au rapport de M. Isambert; il porte :

« Que s'il est dans l'esprit de la loi, et s'il importe à l'exer-
« cice du droit conféré aux condamnés par les art. 372 et 423
« Cod. d'instr. crim., et à la bonne administration de la justice,
« que les procès-verbaux des débats soient rédigés dans le temps
« le plus rapproché des faits qu'ils sont destinés à constater, de
« la clôture de ces débats, et, autant que possible, séance par
« séance, l'art. 372 n'a point prescrit de délai positif; que, dès
« lors, du fait allégué, fût-il prouvé, il ne saurait résulter une
« ouverture à cassation; que les droits de la défense restent en-
« tiers, et qu'acteurs dans le débat, les accusés ont la faculté de
« se prévaloir de toutes les irrégularités qui auraient eu lieu à
« leur préjudice, qu'elles soient ou non relatées au procès-
« verbal. »

Un *autre arrêt* a été rendu dans le même sens, le 25 juin

[1] Il est à remarquer que cette persévérance a été chaque fois le résultat d'un examen nouveau de la matière, puisque chaque fois cet examen a été fait par des rapporteurs différents.

Digitized by Google

1840 (Dall., 40, 1, 425 ; *Journ. du Pal.*, tom. II de 1842, pag. 623), au rapport de M. le conseiller ROCHER.

Un procès célèbre, celui de Mme Lafarge, a donné lieu, par la Cour de cassation, à l'examen et au jugement de la même question.

On avait mis en fait que le procès-verbal des débats, au lieu d'avoir été arrêté et signé à Tulle le 19 septembre, jour de la prononciation de l'arrêt de condamnation, avait été arrêté et signé à Limoges, postérieurement au 28 du même mois. De sorte qu'il n'avait même pas été fait au siége de la Cour d'assises.

Par arrêt du 12 décembre 1840, au rapport de M. RICARD, la Cour rejeta ce moyen ; et ce, dans les termes suivants :

« *Attendu* qu'aucune disposition de loi n'exige, à peine de « nullité, que le procès-verbal des débats soit rédigé et signé « immédiatement après les séances. » (*Journ. du Pal.*, 1842, tom. II, pag. 622 et suiv. [1].)

[1] A l'occasion de cet arrêt, M. le procureur général DUPIN disait, dans son réquisitoire : « Le fait que le procès-verbal retenu par le greffier aux « audiences, n'aurait reçu sa mise au net et n'aurait été signé que plus « tard, constituerait-il une nullité?

« S'il en était ainsi, messieurs, presque tous les procès-verbaux seraient « nuls. Les procès-verbaux ne rendent compte des faits qu'après qu'ils sont « accomplis ; il doit y avoir nécessairement un intervalle entre l'acte so- « lennel qui s'accomplit en lui-même par les formes qui lui sont propres, « et la constatation qui en est faite. Dans toutes les assemblées politiques « et délibérantes, dans les Conseils généraux, etc., les procès-verbaux ne « sont clos et signés que quand déjà les assemblées sont dissoutes et leurs « membres dispersés. Il en est de même dans les Cours d'assises ; le pro- « cès-verbal n'est pas clos à l'instant même où une affaire est terminée ; « souvent même la Cour d'assises est dissoute avant qu'il ait pu être signé, « car, au moment de la levée de l'audience, au moment de la sortie des « jurés et de la Cour, la dernière phrase du procès-verbal n'a pas encore « été écrite ; et si la séance est la dernière de la Cour d'assises, la Cour se « trouve dissoute de plein droit, sans que la loi offre aucun moyen de la « reconstituer. Il faut absolument que l'arrêt soit rendu avant que le gref-

Digitized by Google

Un autre arrêt du 31 juillet 1841, au rapport de M. Crouseilhes, décide encore la question dans le même sens; et, de plus, juge que le procès-verbal peut être rédigé par un autre que le greffier qui a siégé (Dall., 1841, 1, 627).

Enfin, un cinquième arrêt, du 28 janvier 1843 (*Journ. du Pal.*, t. Ier de 1843, pag. 626), rendu sur le rapport de M. de Crouseilhes, décide — qu'aucun délai n'étant prescrit aux greffiers pour la rédaction et la signature de leurs procès-verbaux, il en résulte qu'on doit réputer régulier le procès-verbal rédigé conformément à l'art. 37 du décret du 30 mars 1808, et signé seulement par le président de la Cour d'assises, par suite du décès du greffier; encore que ce décès ne soit survenu que plus de dix jours après la déclaration du pourvoi.

Lors de cet arrêt, on ne contestait plus le principe général, consacré tout récemment encore par un arrêt de 1851, savoir : qu'il n'est fixé aucun délai pour la rédaction du procès-verbal d'audience ; mais on se retranchait à prétendre qu'au moins celui dont il s'agissait aurait dû être rédigé avant l'expiration des dix jours que l'art. 423 du Cod. d'instr. crim. accorde au ministère public et au greffier, à partir de la déclaration du pourvoi en cassation, pour faire passer au ministre de la justice les pièces du procès et les requêtes des parties, si elles en ont déposé. Dans l'espèce, le greffier de la Cour d'assises du Calvados était subitement décédé le 30 novembre 1842, avant d'avoir rédigé le procès-verbal des débats d'une affaire jugée le 19 du même mois. Ce ne fut que le 2 décembre suivant que le président de la Cour d'assises rédigea et signa seul ce procès-verbal, en mentionnant qu'il n'avait pu être ni rédigé, ni signé par le greffier, à cause de son décès. (Argument de l'art. 37 du règlement du 10 mars 1808.)

On soutenait que cet acte était nul pour n'avoir pas été rédigé et signé au moins dans les dix jours à partir du pourvoi en cas-

« fier puisse écrire que cet arrêt a été rendu ; il y a donc nécessairement « postériorité entre le procès-verbal et le fait de l'arrêt. »

Digitized by Google

sation ; mais cette prétention a été repoussée par la Cour de cassation :

« *Attendu*, a-t-elle dit, qu'on n'est point fondé à objecter que, « le décès du greffier n'étant survenu que le 30 novembre, l'at- « testation, donnée par le président le 2 décembre suivant, ne « saurait justifier l'impossibilité où se serait trouvé le greffier « d'accomplir des formalités qu'il aurait dû remplir le 19 dudit « mois ;

« Qu'en effet, l'intervalle qui s'est écoulé depuis les débats, « dudit jour 19 novembre jusqu'à celui du décès de Renouf, « greffier, n'est d'aucune considération, aucune disposition de « la loi n'exigeant que le procès-verbal des débats soit rédigé « et signé immédiatement après la séance, et ne déterminant « les délais dans lesquels les prescriptions de l'art. 372 doivent « être accomplies ; rejette le pourvoi... »

Cette jurisprudence si constante de la Cour de cassation a fait naître l'usage à peu près universel de ne rédiger, clôturer et signer les procès-verbaux des séances qu'après que toutes les affaires ont été jugées, et que la session est terminée ; ce qui n'empêche pas de donner à ces procès-verbaux la date des jours où les affaires auxquelles ils se rapportent ont été jugées, et cela, parce qu'ils se réfèrent aux notes d'audiences dont ils ne sont que la mise au net [1].

Beaucoup de présidents d'assises poussent plus loin les conséquences du principe consacré par la Cour de cassation; ils revendiquent le droit de corriger, et de refaire, au besoin, les procès-verbaux irréguliers qu'ils auraient signés et clôturés une

[1] Voir, dans le *Journal du Palais* (t. XXIV, année 1832, p. 1249), un arrêt de cassation du 6 juillet 1832, qui décide que l'erreur commise dans la date du procès-verbal des séances n'entraîne pas nullité.

Voir également, dans le même recueil (t. XVIII, p. 1050), un autre arrêt de la Cour de cassation, du 30 septembre 1824, lequel juge qu'en cas de dissidence d'opinions, entre le greffier et le président de la Cour d'assises, sur un fait accompli à l'audience, c'est l'opinion de ce dernier qui doit prévaloir.

Digitized by Google

première fois ; et cela lors même qu'il y aurait déjà une déclaration de pourvoi en cassation, mais sous la réserve que le procès-verbal, qu'ils complètent ou remplacent, n'ait pas encore été communiqué à la défense[1].

Est-ce là l'usage régulier et profitable à la bonne administration de la justice, d'un droit légitime? N'est-ce, au contraire, que l'extension abusive d'une faculté douteuse? Tels sont les points de difficulté sur lesquels nous croyons utile d'appeler l'attention des jurisconsultes qui s'occupent plus spécialement de l'étude du droit criminel.

Voici les considérations principales sur lesquelles on peut s'appuyer pour justifier cette pratique :

1° Le procès-verbal d'audience est l'œuvre commune du président et du greffier de la Cour d'assises, dont l'un est réputé la main qui écrit et constate, et l'autre l'intelligence qui contrôle, rectifie et sanctionne. Cette œuvre commune doit être considérée comme ayant conservé le caractère de simple projet, bien que déjà signée, aussi longtemps qu'elle reste dans leurs mains, et que la défense n'en a pris aucune connaissance ; aussi longtemps, enfin, que le condamné n'a pas tiré profit, au moyen d'une requête, des omissions ou des irrégularités que cette pièce peut contenir. Jusque-là, ce projet est susceptible de rectifications et de corrections, et même d'être refait en entier, parce

[1] La communication des pièces et du procès-verbal d'audience, faite au défenseur avec l'autorisation du président de la Cour d'assises, semble, en effet, ne plus laisser les choses entières, en ce qu'elle établit de la part de ce dernier un dessaisissement définitif, et par suite une fin de mission et de compétence, à laquelle s'ajoute d'ailleurs le bénéfice d'un droit acquis, surtout lorsque les omissions et irrégularités servent de base à la requête justificative du pourvoi ; en pareil cas, il semble logique de reconnaître que la requête ainsi formulée remplace la demande de dation d'acte réclamée à l'audience ; car, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il y a avantage pris et volonté exprimée par la défense d'assurer la constatation légale de l'existence des omissions et irrégularités relevées.

Digitized by Google

que ce n'est alors qu'une nouvelle, plus exacte ou plus complète mise au net des notes et des souvenirs d'audience.

Le président et le greffier n'en sont définitivement dessaisis que par l'envoi qui en est fait au ministre de la justice, pour être déposé au greffe de la Cour de cassation. Car c'est seulement alors que le procès-verbal est produit et qu'il devient une pièce commune à la poursuite et à la défense; aussi est-ce à cette époque seulement qu'il doit être réputé complet.

2° On ajoute qu'en matière civile les principes sont également les mêmes. Les minutes de jugement déjà signées et portées sur les registres du greffe peuvent encore être rectifiées, corrigées, changées, tant que les choses sont entières.

C'est ce qui a été jugé, du moins, par un arrêt de la Cour de Limoges, du 20 avril 1837 (*Journ. du Pal.*, tom. Ier de 1837, p. 480). Dans l'espèce, une plainte avait été portée à la justice criminelle contre le président du tribunal de Bellac (Creuse), pour avoir altéré, après leur rédaction et leur signature, les minutes de deux jugements rendus par le tribunal de Bellac, les 4 décembre 1835 et 15 décembre 1836. Les changements et rectifications qui résultaient de l'état matériel des minutes étaient d'ailleurs avoués. Mais on soutenait que, loin d'être criminels, ils étaient l'accomplissement d'un devoir de justice et la réparation d'erreurs et omissions préjudiciables.

« Et d'abord, dit la Cour, *en ce qui concerne le jugement du* « *4 décembre* 1835 :

« *Attendu* qu'à la vérité la minute de ce jugement présente « dans ses dispositions finales une énonciation en interligne, « écrite de la main de M. Charreyron, ayant pour objet l'emploi « de frais au profit de Roy.....;

« Que ce qui détruit les inductions de la dénonciation, c'est « que, sur les réclamations de l'avoué Arbillon, M. le président « Charreyron, ayant consulté les souvenirs de ses collègues qui « avaient concouru au jugement, et ceux-ci lui ayant attesté « qu'il avait été prononcé conformément à l'allégation d'Arbil- « lon, la minute, non encore enregistrée, ne fut rectifiée, dans

Digitized by Google

« le sens de la réclamation, que du consentement et en présence « des membres du tribunal, et que cette rectification fut publi- « quement annoncée à l'audience par le président ;

« Que, dès lors, l'acte imputé à Charreyron, acte qui est aussi « le fait du tribunal entier, est non-seulement irréprochable, « mais témoigne, au contraire, du scrupule de ce magistrat dans « l'accomplissement de ses devoirs. »

3° On dit enfin qu'il en est encore de même en matière criminelle, ainsi que la *Cour de cass.* vient de le juger par *arrêt* du 12 septembre 1851. (*V. Courr. des trib.*, journ. de la Cour d'app. de Bordeaux, du 12 oct. 1851, n° 42, et le *Droit*, du 13 sept. 1851).

Dans l'espèce, M. Mourre, conseiller à la Cour d'appel de Paris, avait assisté à l'audience de la Chambre correctionnelle, où un arrêt avait été rendu ; mais il n'avait participé ni aux débats de l'affaire, ni au délibéré ; seulement, et par erreur, il avait signé la minute de l'arrêt avec les autres membres de la Cour. Cependant cette erreur avait été reconnue et rectifiée après coup. On avait tiré un moyen de cassation de ces circonstances, moyen qui a été repoussé dans les termes suivants :

« *Attendu*, en droit, a dit la Cour de cassation, que toute foi « est due à une rectification émanée des juges qui, ayant pris « part à la décision, avaient qualité pour rectifier les faits qui « s'étaient passés sous leurs yeux, et pour réparer, avant que « force et effets eussent été donnés à la minute, qu'elle eût été « enregistrée et qu'il en eût été délivré expédition, une erreur « qui affectait, non le jugement au fond et dans sa substance, « mais uniquement sa forme extérieure [1] ;

« La Cour rejette le pourvoi. »

Or, dit-on, s'il est permis, tant que les choses sont entières, de rectifier les omissions et erreurs commises dans des minutes

[1] Ces principes ont aussi été consacrés, le 8 mars 1813, par la Cour de cassation (*Journal du Palais*, t. XI, p. 134), et le 30 août 1831, par la Cour de Lyon (Dall., *Pér.*, 32, 2, 64).

Digitized by Google

de jugements et d'arrêts, comment pourrait-on ne pas admettre qu'une faculté semblable existe, *à fortiori*, pour des procès-verbaux d'audience? Quel intérêt légitime pourrait donc s'opposer à cela? Celui de l'accusé condamné? Mais est-ce qu'on peut raisonnablement supposer que le législateur ait voulu faire naître, à son profit, d'un oubli, d'une erreur de constatation, une chance de révision de son procès? Mais si des faits faux ont été par erreur constatés comme vrais, n'est-il pas du devoir du président de rétablir la vérité, ou de réparer les omissions involontaires qui entraîneraient la nullité d'une procédure en réalité régulière et complète? Ne serait-ce donc pas là contraindre, en quelque sorte, les rédacteurs des procès-verbaux d'audience à commettre un faux, soit par abstention, en laissant subsister une omission reconnue, soit un faux matériel et effectif, en ne corrigeant pas une inexactitude préjudiciable à la défense [1]?

On fait cependant au système qu'on vient d'exposer plusieurs objections :

En premier lieu, on dit que, s'il est vrai que l'art. 372 ne fixe aucun délai pour la rédaction définitive du procès-verbal, il faut cependant en admettre un, celui de l'expiration des pouvoirs du président d'assises.

Or, dit-on, quand la décision est rendue et qu'elle se trouve frappée d'un pourvoi en cassation, les magistrats qui l'ont portée sont dessaisis de toute juridiction, et ils n'ont plus qualité pour continuer les actes de procédure ; dans tous les cas, il en doit être tout au moins ainsi après l'expiration du délai de dix jours accordé pour mettre les pièces en état d'être transmises au greffe de la Cour suprême (art. 123 du Cod. d'instr. crim.).

Une première réponse à cette objection se tire de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, les arrêts déjà cités

[1] Il est, en outre, à remarquer qu'en interdisant toute espèce de correction, quand les choses sont encore entières, on arriverait à ce résultat singulier, qu'au lieu de constater l'existence des faits accomplis, seule mission qui leur appartienne, les procès-verbaux les créeraient.

Digitized by Google

des 31 mars 1836, 12 décembre 1840 et 26 janvier 1843, ont validé des procès-verbaux d'audience qui n'avaient été rédigés, signés et définitivement clôturés que plus de dix-huit jours après la formation des pourvois, et alors que les sessions, durant lesquelles avaient été jugées les affaires les concernant, étaient terminées.

On ajoute que le pourvoi en cassation peut être déclaré immédiatement après que l'arrêt de condamnation est prononcé, et, par conséquent, avant qu'il y ait eu possibilité de le rédiger et de le signer ; d'où il suit que, si la déclaration de pourvoi opérait le dessaisissement des juges, il en résulterait qu'ils ne pourraient plus même signer l'arrêt, ce qui serait absurde ; il en résulterait aussi que matériellement aucun procès-verbal ne pourrait être dressé, puisque c'est seulement après la levée de l'audience que le procès-verbal peut être mis au net[1].

D'un autre côté, l'art. 423 accordant dix jours, à partir du pourvoi en cassation, pour régulariser le dossier et mettre les pièces en état, il faut en conclure que le président, les juges et le greffier de la Cour d'assises conservent, pendant ce délai, leur juridiction et leur compétence pour tout ce qui se rattache aux affaires jugées, c'est-à-dire pour tous les faits et actes qui en sont le complément nécessaire : tels notamment que la rédaction et la signature des arrêts et des procès-verbaux d'au-

[1] Soutenir que l'exercice du droit de pourvoi épuise forcément et nécessairement la juridiction et la compétence présidentielles, en ce qu'il ne laisse plus les choses entières et termine la procédure en tout ce qui se rattache à la Cour d'assises, conduirait à cet étrange résultat, que, mis en usage (et ce cas est le plus ordinaire en pratique usuelle), avant la rédaction définitive du procès-verbal d'audience, ce droit anéantirait, *à priori*, la latitude de délai reconnue existante par la Cour de cassation ; tandis qu'exercé postérieurement, cette latitude serait restée entière ; contradiction qui aurait pour conséquence de faire ainsi réagir le pourvoi sur un acte dont l'existence est indépendante de la sienne, et qui peut même n'être dressé et clôturé que postérieurement. En bonne logique, cela est inadmissible, surtout quand le procès-verbal n'est dressé qu'après l'exercice du droit de pourvoi.

Digitized by Google

dience. Cette extension de compétence et de juridiction est, du reste, admise tant par les auteurs, notamment par Cubain, n° 73[1], que par la Cour de cassation ; cette Cour, en effet, a jugé, le 25 mai 1849, *qu'une session d'assises ne devait être close qu'après que toutes les affaires criminelles qui étaient en état à l'époque de son ouverture y ont été portées, alors même qu'elles ne pourraient être mises à fin qu'en empiétant sur le trimestre suivant*[2] *; qu'en conséquence, la demande relative aux dommages et intérêts se liant essentiellement à l'action criminelle, et la Cour étant autorisée à renvoyer à une autre audience pour y statuer, la session n'était réputée terminée qu'après l'arrêt qui y avait fait droit, lors même que cet arrêt serait rendu postérieurement à l'expiration du trimestre*[3].

En second lieu, on fait remarquer que les procès-verbaux d'audience contiennent souvent des arrêts incidents auxquels s'appliquent les dispositions de l'art. 370 du Cod. d'instr. crim., ce qui semble avoir pour conséquence logique la nécessité de

[1] Voir cet auteur (*Traité des Cours d'assises*, n° 73), lequel dit : que le président de la Cour d'assises peut, même après la clôture de la session trimestrielle, accomplir les actes nécessaires pour compléter la procédure des affaires jugées sous sa présidence.

Voir également, sur la durée de la compétence et de la juridiction présidentielle, l'arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1849 (D. P., 49, 1, 264), lequel décide : *que les périodes trimestrielles fixées par l'art. 359 du Code d'instruction criminelle, pour la tenue des assises, correspondent aux divers trimestres de l'année, quelle que soit l'époque de l'ouverture des assises.*

Voir enfin un arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 11 novembre 1819 (*Journ. du Pal.*, t. xv, p. 552), qui décide : *que durant le trimestre présidentiel, le président de la Cour d'assises a compétence pour juger un accusé déféré à la Cour d'assises après la clôture de la session ;* et un arrêt de la Cour de cassation, du 5 février 1819 (*Journ. du Pal.*, t. xv, p. 63), *qui reconnaît au président dont la mission est close compétence pour interroger, durant tout le trimestre non expiré, les accusés destinés à être jugés à la session du trimestre suivant.*

[2] et [3] Voir en outre, dans le même sens, *Répert. génér.*, *Journ. du Pal.*, v° *Cour d'assises*, n°s 266 et suiv., et 1316).

Digitized by Google

les rédiger, signer et clôturer dans les vingt-quatre heures de leur prononciation, puisque ce délai est celui que la loi détermine pour l'accomplissement de ces formalités.

A cela on répond :

Qu'en fait, et suivant une pratique constante, cette exigence de la loi est très-rarement observée; qu'elle n'est prescrite ni à peine de nullité, ni à peine d'amende[1] ; que l'existence des arrêts procédant de leur prononciation à l'audience, et non de la rédaction écrite qui les constate, il en résulte qu'une fois rédigés et signés, n'importe dans quel délai, la représentation de la minute qui les relate établit régulièrement leur existence ; que, de plus, les dispositions impératives de l'art. 370 ne s'appliquent pas aux arrêts incidents contenus dans les procès-verbaux d'audience, puisque, d'une part, et contrairement à ce qui est exigé pour les arrêts de condamnation, il suffit qu'ils soient signés par le président et le greffier de la Cour d'assises[2] ; qu'en outre, la jurisprudence a tellement identifié ces sortes d'arrêts avec les procès-verbaux d'audience qui les relatent, qu'elle a maintes fois décidé qu'ils n'avaient pas besoin d'*être signés séparément*, les signatures de clôture des procès-verbaux qui les contiennent étant par elles seules suffisantes pour établir la preuve régulière et complète de leur existence. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation, les 20 septembre 1827, 15 avril 1830, 11 avril 1832 et 7 mars 1839 (Dall. Pér., 27, 1, 497; 30, 1, 220; 39, 1, 395 ; et *Journ. du Pal.*, an. 32, pag. 354.)

Je ne saurais désapprouver, en droit, l'opinion de ceux des présidents d'assises qui soutiennent et pratiquent cette doctrine.

[1] Ainsi que le dit Favard de Langlade (*Répert.*, v° *Jugem.*, p. 184, § 6), la loi ne prononce aucune peine contre le greffier pour défaut de signature des minutes des jugements dans les vingt-quatre heures. De telle sorte que, sous ce rapport encore, il y a pour les arrêts incidents minutés dans les procès-verbaux d'audience, similitude avec ces derniers en ce qui concerne le délai de rédaction, c'est-à-dire absence de pénalité, à cet égard, pour les uns et pour les autres.

[2] C'est là un point de jurisprudence qui n'est plus contestable.

Digitized by Google

Je conviens qu'elle découle de l'art. 372, tel que la jurisprudence l'a appliqué. Je reconnais même que son texte ne laissait pas à la Cour de cassation la faculté de l'interpréter autrement, ni d'y voir autre chose que ce qu'elle y a trouvé; mais je n'en estime pas moins qu'il serait fort désirable que la loi eût prescrit, pour la rédaction des procès-verbaux dont il s'agit, un délai rapproché des faits que ces actes sont destinés à relater et à constater. Car, je le répète, c'est alors que les souvenirs sont plus présents, que les notes prises à la hâte, pendant que les faits se succèdent rapidement à l'audience, sont plus faciles à déchiffrer, à interpréter et à compléter; c'est alors aussi que personne ne peut supposer l'influence d'aucun intérêt capable d'en faire altérer la vérité.

Je crois qu'il aurait fallu prendre en quelque considération les plaintes qui s'élèvent de la barre des avocats des Cours d'assises, contre la pratique de corriger et de refaire les procès-verbaux d'audience, jusqu'à l'envoi des pièces de la procédure à la Cour de cassation.

Non pas que j'admette tous les inconvénients que ces plaintes accusent. Je ne nie pas que les présidents d'assises n'éprouvent une vive contrariété de la cassation de leurs arrêts pour omission des formalités qu'ils sont chargés d'accomplir et de constater. Mais je ne croirai jamais que ce sentiment, si vif qu'on le suppose, ait, dans aucune circonstance, pu porter un seul d'entre eux à altérer sciemment la vérité dans un procès-verbal corrigé ou refait après coup.

Cependant, il importe à la dignité de leur caractère, aussi bien qu'à l'efficacité de la mission qu'ils ont à remplir, qu'ils ne puissent pas être soupçonnés, même injustement.

BONNESŒUR,
Conseiller à la Cour de Poitiers.

Digitized by Google

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Histoire du Conseil d'Etat depuis son origine jusqu'à ce jour, par A. Regnault, bibliothécaire du Conseil d'Etat, 1 vol. in-8°. — Auguste Vaton, édit. ; Cosse, libraire, place Dauphine.

L'institution du Conseil d'Etat est d'origine française. Il serait difficile, en effet, de saisir, dans l'histoire d'un autre pays, un établissement qui, par ses attributions et son caractère, répondit complétement à l'idée qu'on doit se faire de cette haute et importante magistrature dont le rôle, en France, a grandi à mesure que la royauté élargissait sa base. Il est vrai qu'on a vu, à toutes les époques et dans tous les pays, même dans les monarchies asiatiques, les souverains associer à leur pouvoir des conseillers qui s'indiquaient à eux par leurs lumières ou leur illustration ; mais nulle part on ne retrouverait l'image d'un Conseil permanent, traditionnel, mêlé par ses attributions à toutes les grandes affaires, devenu, par une nécessité politique, le centre et le moteur de cette vaste machine qui s'appelle l'Etat et qui constitue le gouvernement d'une société. Avant le douzième siècle même, on chercherait inutilement le berceau de cette institution, tout indigène et toute française, dans l'histoire de notre pays ; car, avant cette époque, on n'avait pas vu encore apparaître le type de la royauté, symbole de l'Etat. Il y avait bien eu des essais pour reconstituer le système monarchique, tel qu'il était sorti des traditions du monde romain ; mais aux légistes devait revenir l'honneur de le rétablir et de porter, par ce rétablissement, l'unité et la règle dans la société. C'est de cette époque aussi que date véritablement l'origine du Conseil d'Etat.

Il n'est personne aujourd'hui qui ne sache que ce qui a marqué d'un caractère original l'histoire de France a été, sans contredit, cette lutte séculaire que la royauté a soutenue avec une opiniâtreté bien remarquable, et dont la fin devait être de détruire et d'absorber à son profit toutes les souverainetés personnelles et locales. Chacun sait aussi que, avec l'aide des communes ou de la bourgeoisie, la royauté triompha dans cette lutte, et qu'elle devint par là une grande magistrature, appelée à

Digitized by Google

posséder le territoire, à dominer le pays tout entier, et, non-seulement à régner sur lui, mais encore à l'administrer ; qu'elle parvint enfin à prendre dans ses mains les destinées de tout un peuple, dans ce qui est public et particulier, dans ce qui est individuel et général ; qu'en un mot, elle fonda, ce qu'on appelle de nos jours, la *centralisation*. Or, pour constituer la centralisation, et pour la maintenir, l'établissement d'un grand Conseil était nécessaire, à ce point qu'elle ne pouvait en être séparée, et qu'elle n'aurait pu exister sans lui. Aussi, qu'on étudie le rôle de ce Conseil à deux époques qui ont plus d'une analogie, mais qui se ressemblent surtout par l'essor donné à la centralisation administrative, sous Louis XIV et sous Napoléon. Avant le règne de Louis XIV, les édits royaux avaient conservé quelque chose de la charte du moyen âge pour la personnalité d'idées et le caractère passager et circonstanciel dont ils portaient encore l'empreinte ; mais les ordonnances de ce roi embrassent tout ; c'est une véritable codification. Elles s'étendent à tout et réglementent tout, marine, commerce, forêts, domaines, etc. Ne fallait-il pas, pour organiser tant de choses, un Conseil où se retrouvât le génie pratique et spéculatif de l'administration ? Jamais, au reste, il n'avait réuni plus de lumières et n'avait jeté un plus grand lustre. Outre le nom de Colbert, qui ne mourra pas, ceux de Pussort, de Caumartin, de Le Pelletier, de Bignon, vivront longtemps encore. Et lorsque enfin, au dix-neuvième siècle, la centralisation administrative, affaiblie par l'Assemblée constituante, est vigoureusement reconstituée par Napoléon, que l'impulsion de l'autorité centrale est partout substituée aux autorités libres et populaires établies en 1790, c'est encore le Conseil d'Etat qui devient le rouage indispensable de ce système de gouvernement. On n'a pas besoin de dire longuement ce qu'il a été. Il était l'âme même de l'Empire.

Il eût été à désirer qu'en se chargeant d'écrire une histoire du Conseil d'Etat, M. Regnault se fût bien pénétré de cet aperçu et l'eût pris pour guide, car il domine l'histoire de cette institution.

M. Regnault a divisé son livre en quatre parties distinctes : 1° la composition du Conseil ; 2° son organisation intérieure ; 3° ses attributions, et 4° le cérémonial, le costume, les traitements, etc. L'auteur suit dans chaque division la chaîne des faits, et montre les transformations qui se sont accomplies. On peut, à travers ces vicissitudes de l'institution, en observer l'unité, et, dans chaque disposition qui la modifie, rechercher l'esprit du siècle et les tendances du pouvoir royal. C'est ainsi,

Digitized by Google

que la composition du Conseil, encore aristocratique et féodale au quatorzième siècle, sacerdotale à la fin du seizième, devient bourgeoise et laïque au dix-septième, pour recevoir enfin, sous le Consulat, la plupart des noms d'origine plébéienne, mais auxquels le génie des affaires et de la politique avait déjà donné un éclat ineffaçable. En dehors de ces éléments de formation curieux à étudier, le livre de M. Règnault expose encore, sujet non moins curieux, la succession des priviléges et des attributions conférés au Conseil, et qui ont varié avec les institutions au sort desquelles ce corps important se trouvait lié. J'exprimerai de nouveau le regret que cette partie ait été traitée d'une manière trop rapide, trop succincte. Cependant elle offrait, pour l'histoire du droit en général et en particulier pour celle de cette magistrature suprême, un intérêt qu'il n'est pas difficile de comprendre. A cette branche du sujet, ébauchée plutôt que développée par M. Regnault, se rattachait la matière des évocations, qui avait donné lieu à tant d'abus et suscité contre l'ancien régime des plaintes si vives et si universelles. On aurait pu faire sentir, à cette occasion mieux que dans toute autre, le vice de cette société politique, dans laquelle aucun droit n'était sévèrement défini, dans laquelle l'arbitraire ne se heurtait contre aucun obstacle sérieux, dans laquelle, enfin, la licence du pouvoir n'était tempérée que par le caractère de ceux qui l'exerçaient. Cette lacune doit être d'autant plus remarquée que l'auteur a consacré à peu près la moitié de son livre, d'ailleurs trop court pour un si vaste sujet, à des études biographiques qui, sans doute, ne sont pas dépourvues d'intérêt, mais qui usurpent la place qu'il était plus raisonnable d'accorder au développement des idées et des événements historiques. La biographie est, à la vérité, une des formes de l'histoire, mais à cette condition, qu'elle sera elle-même la personnification d'une idée ou d'un fait. Elle ouvre alors des points de vue certainement utiles à méditer; mais quand elle ne s'identifie pas avec une institution ou un grand fait, elle n'offre qu'un intérêt anecdotique, et n'est pas digne de fixer les sévères regards de l'histoire. Ce sont, à coup sûr, de grandes figures que celles des Tronchet, des Portalis, des Cuvier, des Maleville, des Defermon, des Daru, etc., mais on ne peut les isoler du génie fécond et supérieur qui les inspirait et qui guidait leur pensée. Ces orateurs, ces savants, ces jurisconsultes, quelque grands qu'ils aient été, n'étaient que les organes d'une intelligence qui les dominait, et qui s'est réfléchie, en traits vivants et immortels, dans leurs travaux ou leurs écrits.

F. Sacase.

Digitized by Google

Commentaire du décret du 11 janvier 1852 et de la loi des 13-26 juin 1851 sur la garde nationale, par M. Éd. Dalloz, député, avocat à la Cour d'appel de Paris, l'un des auteurs du Recueil périodique de jurisprudence. Paris, au bureau de la Jurisprudence générale, rue de Seine, 34.

Née le lendemain de la prise de la Bastille, la garde nationale a traversé tous les régimes par lesquels nous avons passé depuis soixante ans. Organisée ou réorganisée par tous les gouvernements nouveaux, elle a subi l'influence de leur principe; mais que ce soit un droit que nous exercions ou un devoir qu'il nous faille remplir, la garde nationale, malgré ces vicissitudes, n'en subsiste pas moins, et dès lors chacun de nous doit connaître la loi nouvelle qui la régit. C'est dans cette pensée que M. Édouard Dalloz a composé le *Commentaire* que nous annonçons; il a voulu mettre dans la main de chaque garde national un petit volume, où celui-ci pût trouver tous les renseignements nécessaires pour remplir ces fonctions civiques. Ils y sont réunis sous la forme la plus commode. C'est d'abord le commentaire du décret du 11 janv. 1852, suivi de celui de la loi des 13-26 juin 1851, que l'Assemblée votait six mois avant sa dissolution, et qui n'avait reçu qu'un commencement d'exécution; loi qu'il est néanmoins utile de connaître, car le nouveau décret lui a emprunté un grand nombre de dispositions.

M. Édouard Dalloz a pensé, avec raison, que le meilleur commentaire se trouvait dans la discussion qui eut lieu à l'Assemblée nationale, et il a habilement disposé cette discussion en mettant, sous chacun des articles de la loi, la partie qui s'y rapporte. La loi est ainsi expliquée par ceux-là mêmes qui l'ont faite; mais afin qu'on pût saisir d'un coup d'œil son ensemble, M. Dalloz en a fait suivre le commentaire du rapport de M. de Riancey. Les nombreuses circulaires ou instructions ministérielles, émises pour l'exécution des nouvelles dispositions législatives, ont toutes trouvé place dans ce volume. L'auteur n'a pas cru devoir les fractionner et les mettre sous chaque article de la loi, comme il l'a fait de la discussion, ce qui pourrait offrir quelques difficultés pour les recherches, s'il n'avait réuni dans une table alphabétique, très-bien faite, toutes les indications, de manière que l'on trouve signalées sous chaque mot toutes les dispositions législatives ou autres qui s'y rapportent.

Cet ouvrage, quoique de petit volume, révèle une main habituée à disposer, à mettre en œuvre et en lumière les diverses parties de notre

Digitized by Google

législation et de notre jurisprudence avec tous leurs éléments. M. É. Dalloz est, en effet, l'un des rédacteurs du *Recueil périodique de jurisprudence*, et il trouve dans sa famille des modèles qu'il n'a qu'à suivre.

Nous ne pouvons oublier ici les pages que M. É. Dalloz a consacrées à l'historique de la législation de la garde nationale, et celles où il a apprécié son rôle dans ces dernières années.

C. Ginoulhiac.

CHRONIQUE.

La Cour d'appel de Limoges vient de perdre un de ses membres les plus éminents dans la personne de M. le conseiller Grellet-Dumazeau, mort le 25 avril, après quarante-cinq années de magistrature. Jurisconsulte profond, savant laborieux, M. Grellet-Dumazeau laisse un *Essai sur la souveraineté*, des recherches sur le *Bail à métairie perpétuelle*, un traité des *Phases de la dot*, et plusieurs mémoires sur des points d'histoire et d'archéologie. Ces divers travaux, auxquels la modestie de l'auteur n'a donné qu'une publicité restreinte, attestent des études fécondes, et mériteraient d'être plus connus.

— Dans sa séance du 31 mars dernier, l'*Académie de législation* de Toulouse a conféré le titre de membre correspondant à M. Wolowski, directeur de la *Revue de législation et de jurisprudence*. Cette élection a eu lieu à l'*unanimité* des suffrages.

— L'application du décret du 28 février 1852, relatif aux Sociétés de crédit foncier, rencontre de graves difficultés, en ce qui concerne la *purge sur le contrat de prêt*. Le principe nouveau inscrit dans ce décret est excellent ; il forme le point de départ indispensable des institutions de crédit territorial, en provoquant la manifestation de tous les droits occultes. Mais la forme sous laquelle il se produit entraîne trop de frais, de délais et soulève trop d'obstacles, pour que la petite propriété, notamment, puisse profiter de cette réforme. Il paraît que le gouvernement se propose d'améliorer cette partie de la loi en substituant (en ce qui concerne les droits réels, autres que les hypothèques légales), à la purge *individuelle* sur chaque contrat de prêt, une purge *générale*, ayant son point de départ dans chaque décret d'autorisation d'une Société de crédit foncier, pour une circonscription déterminée.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE PREMIER VOLUME DE 1852.

(Nouvelle série.)

(TOME XLIIIe DE LA COLLECTION.)

Pages.

LÉGISLATION, HISTOIRE ET PHILOSOPHIE DU DROIT.

De la société conjugale (premier article), par M. L. WOLOWSKI.... 5
— Deuxième article..... 321
Des formes et des procédés de l'administration, par M. VIVIEN, ancien ministre, membre de l'Institut..... 22
Du crédit foncier, par M. L. WOLOWSKI..... 62
Défense de l'Essai sur l'emploi de l'emprisonnement et de l'amende, par M. BOURDON, juge à Lille..... 122
De la propriété littéraire en Angleterre, par M. ED. LABOULAYE.... 129
De la caution *Judicatum solvi*, par M. A. JACCOTON, ancien magistrat, maire de Louhans (Saône-et-Loire)..... 179
Etudes sur Domat, par M. CAUCHY..... 239
Du rétablissement du cautionnement en matière de surveillance de la haute police, par M. BOURDON, juge à Lille..... 250
De l'état des terres en Algérie, par M. RODOLPHE DARESTE, docteur en droit, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation..... 255
Programme de réforme de notre système pénal, par M. KOENIGSWARTER..... 269
Quelques mots sur le notariat, par M. A. BAUDET..... 285
Décret sur les Sociétés de crédit foncier..... 294
Etudes sur les rédacteurs du Code Napoléon, par M. GUSTAVE BRESSOLLES, professeur à la Faculté de droit de Toulouse..... 377

DISSERTATIONS.

Revue critique de la jurisprudence criminelle, par M. GRELLET-DUMAZEAU, conseiller à la Cour d'appel de Riom..... 95-275
Séparation de biens. — Dissertation, par M. BRIVES-CAZES, docteur en droit..... 113

Digitized by Google

Pages.

REVUE CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE CIVILE. Questions d'état, par M. ANCELOT, docteur en droit, avocat général à la Cour de Riom..... 377

PROCÉDURE CRIMINELLE. Cour d'assises, procès-verbaux d'audience, par M. BONNESOEUR, conseiller à la Cour de Poitiers..... 395

DROIT ÉTRANGER.

Revue des recueils étrangers consacrés à la science du droit, par M. KOENIGSWARTER..... 106

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

Séances des 17 et 30 décembre 1851, 7 et 21 janvier 1852..... 305

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Manuel du droit de l'étranger en Angleterre, par un JURISCONSULTE.. 126

De la réforme hypothécaire en France et en Prusse, par M. JULES LEVITA, docteur en droit..... 127

Recueil des Constitutions françaises, depuis 1791 jusqu'à ce jour, par M. TEULET, avocat à la Cour d'appel de Paris..... *Ibid.*

Manuel des juges de commerce, par M. GASSE, ancien secrétaire de la présidence du tribunal de Paris..... 128

Dictionnaire des juges de paix et de police, par M. BIOCHE, avocat à la Cour d'appel de Paris..... *Ibid.*

Histoire et théorie de la saisine héréditaire, par M. G. SIMONNET, substitut, docteur en droit..... *Ibid.*

Du barreau et de la magistrature, par M. F. BILLOT, avocat..... *Ibid.*

De la procédure criminelle anglaise, écossaise et de l'Amérique du Nord, par M. MITTERMAIER, professeur à Heidelberg..... 318

Histoire du Conseil d'Etat depuis son origine jusqu'à ce jour, par M. A. REGNAULT, bibliothécaire du Conseil d'Etat..... 410

Commentaire du décret du 11 janvier 1852 et de la loi des 13-26 juin 1851 sur la garde nationale, par M. E. DALLOZ, avocat à la Cour d'appel de Paris..... 413

CHRONIQUE..... 415

FIN DE LA TABLE.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google